كتاب السير الكبير

LE GRAND LIVRE DE LA CONDUITE DE L'ÉTAT



ÉDITIONS TÜRKİYE DİYANET VAKFI



LE GRAND LIVRE DE LA CONDUITE DE L'ETAT

TOME IV

Pour

Commémorer le 900e anniversaire de la mort d'as-Sarakhsî en 483 H



EDITIONS TÜRKİYE DİYANET VAKFI

Muhammad ibn al-Hasan ach-Chaibânî
(132-189 H./749-805)

LE GRAND LIVRE DE LA CONDUITE DE L'ETAT



(Kitâb as-Siyar al-Kabîr)

Commenté par
Abû Bakr Muhammad ibn Abû Sahl Ahmad
Chams al-A'immah as-Sarakhsî
(400-483 H./1009-1090)

Traduit par
Muhammad HAMIDULLAH

d'après les éditions de Hyderabad-Deccan et du Caire,
ainsi que de nombreux MSS.de Paris, de Beyrouth et d'Istanbul

ANKARA - 1991

* Chapitre (193) 2058

DE CE EN QUI ON AJOUTERA FOI A QUELQU'UN QUI AVOUE AVOIR CONSOMMÉ DES BIENS APPARTENANT A UN ENNEMI EN GUERRE[1], OU QUI AVOUE AVOIR COMMIS QUELQUE TORT CONTRE LE MÊME

• 4123. Si un ennemi en guerre embrasse l'Islam ou devient Dhimmî, ou même se rend chez nous sous sauf-conduit, puis que quelqu'un lui dise: “Tu m'as amputé de la main alors que tu étais un ennemi en guerre sur le territoire ennemi”, ou: “Tu m'as enlevé les mille (dirhams) que voici alors que tu étais ennemi en guerre, et donc ils m'appartiennent”,— ou s'il dit: “Je t'ai enlevé mille dirhams et les ai consommés”, ou qu'il dise: “J'ai fait prisonnier de guerre ton fils que voici, sur le territoire ennemi”,— et si le Musulman répond (à ce nouveau converti): “Non, mais tu m'as fait tout cela après que tu as embrassé l'Islam, alors selon l'avis d'Abû Hanîfa et d'Abû Yûsuf, c'est la parole du Musulman —ou (respectivement) du Dhimmî— qui prévaudra, et l'on n'ajoutera pas foi à celui qui avoue, pour que le bénéficiaire de l'aveu ait la faculté de le charger les dommages (de la main amputée), ou de lui enlever son fils, ou de lui reprendre les mille dirhams existant intacts chez lui; mais selon l'avis de Chaibânî,

suite: c'est la parole de celui qui avoue qui prévaudra, et il ne sera chargé d'aucun (dommage)[2].

comm. Mais tous (ces trois maîtres juristes) sont d'accord que, si les biens (prétendument usurpés) sont là intacts, alors c'est la parole du bénéficiaire de l'aveu qui prévaudra et il les reprendra au (soldat musulman), et l'on n'ajoutera pas foi à la parole de ce dernier au sujet des mille (dirhams) existant intacts (s'il y réclame son titre de propriété).* Car il avoue d'abord que ces (dirhams appartenaient à 2059
l'(ex-ennemi), puis il prétend y avoir obtenu lui-même le titre de propriété. Donc on

(1) Ainsi مال الحربي dans le MS de Paris, l'éd. portant: مال أهل الحربي

(2) L'éd. signale une variante dans un des MSS à sa disposition, où on lit: "On ajoutera foi à celui qui avoue au sujet de l'amputation de la main, et on ne le chargera pas des dommages pour la main (amputée)".

ne lui ajoutera pas foi. (Tous les maîtres juristes sont d'accord là-dessus,mais ils diffèrent) quant aux objets déjà consommés. A ce propos,

suite: Chaibânî dit: On ajoutera foi à la parole du (soldat musulman).

comm. Car il attribue son aveu à une situation connue et sous-entendue quand il nie l'obligation des dommages (à verser à l'ex-ennemi). Donc il nie en effet qu'il ait l'obligation de verser des dommages. Donc c'est à sa parole qu'on ajoutera foi — (la preuve incombant non pas à celui qui nie, mais à celui qui demande quelque chose)— donc il ne lui incombera rien. Et ce sera à l'instar du cas où quelqu'un dit qu'il a divorcé d'avec sa femme alors qu'il était un garçon mineur, —où: quand il dormait— alors on ajoutera foi à sa parole, et on le considérera comme niant avoir donné le divorce. Mais Abû Hanîfa et Abû Yûsuf disent que si quelqu'un avoue avoir commis quelque tort, pour prétendre par la suite qu'il n'y a pas de responsabilité sur lui, puisqu'il avait le titre de propriété de la (victime), on ne lui ajoute pas foi, et c'est à l'instar du cas où quelqu'un dit: "Je t'ai pris mille dirhams, car tu me devais mille dirhams", et que l'autre nie (la dette), alors celui qui avoue aura à charge les mille dirhams. La raison en est qu'il a d'abord avoué le tort —ici, l'enlévement (de mille dirhams)— puis prétendu par la suite qu'il n'en avait pas la responsabilité (sans produire la preuve de cet cette nouvelle affirmation). Il en sera donc de même ici (dans le cas du soldat qui avoue avoir fait du tort à l'ex-ennemi en guerre), et l'on n'ajoutera pas foi à sa parole (concernant les circonstances atténuantes, sauf sur preuve). Ce chapitre a beaucoup de détails que nous avons mentionnés dans (le commentaire du) **Ziyâdât**(1). Et tout pouvoir provient de Dieu (2).

2060

* Chapitre (194)

DE CELUI QUI EMBRASSE L'ISLAM ÉTANT EN POSSESSION DE QUELQUE CHOSE: CETTE CHOSE CONTINUERA DE LUI APPARTENIR, ET L'ON CONSIDÉRERA QU'IL LA MET EN SÉCURITÉ

• 4124. Chaibânî cite une chaîne de narrateurs successifs qui rapportent que Tâ'ûs tient de son père (Kaisân) que le **kitâb** (livre? lettre?) de Mu'âdh(3) disait: "Quiconque séquestre —c'est-à-dire réduit en esclavage— des gens qui à l'origine étaient hommes libres ou qui étaient des voisins (ou: refugiés) réduits à l'impuissance, alors s'il les a gardés incarcérés dans sa maison jusqu'à ce que l'Islam

(1) Comme, déjà signalé à maintes reprises, on n'a pas encore retrouvé cet ouvrage de Sarakhsî.

(2) Le texte de tout ce chapitre est bien déffectueux, comme l'a aussi trouvé avant nous le savant traducteur turc, Munîb "Aintâbî."

(3) Cf. aussi supra IV, 26, et infra p. 380. Pour ce texte ainsi que pour d'autres extraits du **Kitâb** de **Mu'âdh**, voir le Nihâya d'Ibn al-Athîr s.v. j-d-s, h-m-r, kh-m-s, s-q-y, z-m-a, q-ṣ-r.

pénètra dans sa maison, alors ils seront ses esclaves; mais ceux qui, laissés en liberté, payaient le tribut, seront hommes libres".

comm. Sache que le terme **istakhmara** (séquestrer) signifie bien "réduire en esclavage", comme le dit (Chaibânî) dans ce livre. Ce sens est conforme à l'affirmation de 'Abdallâh ibn al-Mubârak rapportée par Abû 'Ubaid dans son **Gharîb al-hadîth**[1]. C'est là l'idiome du Yémen, comme l'affirme Muhammed ibn Kathîr[2], en précisent que: "Quand on dit à quelqu'un: 'akhmirnî (séquestre en ma faveur) telle chose', ou: 'Octroie-la moi en don'". Puis la règle est comme le dit ce **kitâb** de Mu'âdh, car si quelqu'un incarcère des gens dans sa maison et les domine, ils deviennent ses esclaves; donc s'il embrasse l'Islam en cet état de choses, on considérera qu'il possède le titre de propriété sur eux et, par conséquent, on les lui laissera.

suite: Cela à cause de cette parole du Prophète: **"Quiconque embrasse l'Islam en possession de quelque chose, elle lui appartiendra".**

Au contraire, si ces gens (asservis) sont laissés en liberté pour payer le tribut, ils sont hommes libres, car le (patron) n'avait pas le titre de propriété sur eux, mais seulement le droit d'une certaine surveillance découlant de l'autorité (**istîlâ' bihaqq al-saltana**), et ces (asservis) ne lui doivent qu'attachement et obéissance. Or la seule obéissance n'indique pas la qualité d'esclave, étant donné que chaque Musulman obéit à son souverain (sultân, **litt.** autorité) et se trouve sous sa puissance (**walâya**), sans être pour autant son esclave. Il en sera donc de même ici.

* • 4125. Pour la même raison les habitants de Rukhkhaj et de Zâwulistân 2061
(dans l'Afganistan actuel) et des régions autres que ces deux-là que les Turks ont dominées: les (conquérants turks) les ont réduits en esclavage, et ceux-ci sont devenus leur propriété, et les (Turks) les vendent comme ils le veulent. Donc si les Turks embrassent l'Islam, et si les habitants de (telle) région embrassent l'Islam en leur compagnie, ceux-ci seront considérés comme leurs esclaves, et les (Turks) pourront en disposer comme ils veulent.

comm. Cela pour la même raison que nous venons d'évoquer. Rukhkhaj est un endroit, et à propos de ses habitants un poète a dit:

Les Rukhhajiens ne remplissent jamais leur promesse,

Et les Rukhkhajiennes ne manquent jamais à leurs rendez-vouz[3]. Et tout pouvoir provient de Dieu.

---

(1) MS de la Madrasa -é-Muhammadî, Madrâs, Inde, fol. 127/b. Le livre est actuelement sous presse chez la Dâ'ira al-Ma'ârif, Haiderabad-Deccan.

(2) Cette citation proivent également du même texte d'Abû 'Ubaid

(3) Selon le géographe Yâqût, (**Mu'jam al-buldân,** s.v. Rukhkhaj), Rukhkhaj est dans le voisinage de Kâbul, et en étaient originaires également Faraj et son fils 'Umar ibn Faraj, grands secrétaires du temps des califes al-Ma'mûn et al-Mutawakkil, presque comme des ministres. C'est le poète Najâh Ibn Salama qui a composé sur eux cette mordante satire.

* Chapitre (195)

2062
DE L'ENNEMI EN GUERRE QUI SE REND CHEZ NOUS SOUS SAUF-CONDUIT ET QUI S'INSTALLE DANS LE TERRITOIRE ISLAMIQUE: ON NE LE LAISSERA PAS SANS PAYER LA CAPITATION (KHARÂJ).

• 4126. Chaibânî dit ceci: Il nous a été rapporté par Ismâ'îl ibn 'Aiyâch, qui le tient de 'Abdallâh ibn Yûsuf as-Sulamî, que certains nobles d'entre les Byzantins avaient été capturés et réduits en esclavage. Quelques-uns de leurs proches parents se rendirent en leur compagnie mais sous sauf-conduit (sur le territoire islamique). Puis qund on garda les (captifs) en Syrie, leurs proches parents aussi se dispersérent en compagnie de leurs parents (captifs), et restèrent ainsi longtemps sans payer la capitation (**kharâj**). On écrivit à leur propos at (calife) 'Umar ibn 'Abd al-'Azîz. Celui-ci répondit par écrit: "Informe-les de cette (règle islamique) que s'ils veulent résider en compagnie des Dhimmîs, en versant comme eux la capitation, cela leur sera loisible. Mais s'ils le refusent, alors faites-les regagner leur territoire en toute sécurité".

suite: Sache que la Loi est comme l'a précisé 'Umar ibn 'Abd al-'Azîz, à savoir que, si un ennemi en guerre prolonge son séjour sur notre territoire, alors le chaf de l'Etat musulman lui dira: "Si à partir de ce jour-ci tu restes pendant un an, je
2063 prélèverai sur toi la capitation". Puis s'il réside * un an après en avoir été prévenu, on le déclarera Dhimmî, on l'empêchera de quitter (le territoire islamique), et on prélèvera sur lui la capitation.

Toutefois s'il quitte avant l'(écoulement de ce délai), on ne l'empêchera pas de (partir). On a fixé cette limite d'un an parce qu'en moins d'un an tous les devoirs islamiques, comme le jeûne annuel et l'impôt annuel, n'ont pas lieu; et quand un an entier passe, tous les devoirs ont lieu (pour un Musulman). Donc moins d'un an est considéré comme trop peu, et un an comme maximum. Donc si un (étranger) réside tout un an sur notre territoire, son séjour est considéré comme long, et il devient un habitant du (pays). Voilà pourquoi on prélève sur lui la capitation[1]. Et tout pouvoir provient de Dieu.

2064

* Chapitre (196)

DU TERRAIN SUR LEQUEL ON OBTIENT TITRE DE PROPRIÉTÉ SUR LE TERRITOIRE ENNEMI

• 4127. Chaibânî dit qu 'Abû Hanîfa a dit: "Si un Musulman entre sur le territoire ennemi sous suaf-conduit, y acquiert des biens, fait des achats et des

(1) C'est le terme **kharâj** qui a été employé dans tout ce chapitre comme équivalent de **jizya**, comme auparavant au chapitre 163 aussi.

ventes, obtient des chevaux, des armements, des maisons etc., puis que les Musulmans conquièrent cette région, alors tous ce qu'il aura acquis lui appartiendra sauf les biens immeubles, en maisons et en terrains, qui feront partie du butin pour les Musulmans (s'ils décident faire butin du territoire aussi); mais tout ce qui est autre que les biens immeubles ne pourront pas faire partie du butin".

comm. Car les choses meubles, autres que les biens immeubles, sont en sa main effectivement; mais on ne peut pas faire butin de la personne (**yad**) de ce (Musulman), et non plus donc, de ce qui est en sa main possédante*[1]. Au contraire, les biens immeubles sont sous la main du roi des (ennemis). Comme la personne de leur roi peut faire partie du butin, ce qui est en sa main le fera également. On rapporte l'avis d'Abû Yûsuf comme suit: "Si quelqu'un embrasse l'Islam sur le territoire ennemi et qu'il possède des biens immeubles, si les Musulmans conquièrent par la suite cette région, alors ses biens immeuble ne feront pas partie du butin". Sur la base de ce récit (de l'avis d'Abû Yûsuf), les biens immeubles de ce Musulman qui est allé chez eux sous sauf-conduit ne feront pas partie du butin, comme c'est aussi le cas de ses biens meubles.

• 4128. Chaibânî cite, dans le livre, cette narration, d'après 'Abdallâh ibn al-Mubârak, qui la cite d'après al-Wazîr[2] ibn 'Abdallâh al-Haulânî, et celui-ci d'après Muhammad ibn al-Walîd az-Zabîdî[3], et lui d'après Ibn Chihâb[4], * et lui 2065
d'après Sa'îd ibn al-Mussaiyib, selon laquelle le Prophète a dit ceci: "Si les mécréants (ennemis) font don d'un terrain (**ard**) à quelqu'un, il n'aura aucun terrain". D'après une variante: "Si les mécréants font don d'un **dâr** (maison ou terrain) à quelqu'un, il n'aura aucun **dâr**."

comm. Il n'a pas voulu dire par là que ce (donataire) n'obtiendrait pas le titre de propriété sur la chose donnée, mais il a voulu dire que son titre de propriété ne durerait pas: car, quand les Musulmans conquerront cette région, le (terrain etc.) feront partie de leur (butin). Et tout pouvoir provient de Dieu.

---

(1) Le passage *_* se lit dans un autre MS cité par l'éd 'Abdallâh suit: "Quant aux objets autres que les terres, ils ne sont pas susceptibles de devenir butin, car ces objets meubles sont en la main possédante de ce (Musulman), et comme sa personne est inviolable (**ma'ṣûm**), il en sera de même donc de ce qui est en sa main possédante".

(2) L'éd. porte al-Wadîn, mais nous suivons le MS de Beyrouth qui est corroboré par la traduction et le commentaire (**Taisîr**) de 'Aintâbi.

(3) Ainsi dans les MSS, l'éd. portant az-Zuhrî.

(4) De même dans les MSS, l'éd. portant: Ibn Hichâm.

2066 *** Chapitre (197)**

DE CE QUE LE ROI (ENNEMI) A LA FACULTÉ DE FAIRE AVEC LES GENS DE SON TERRITOIRE: SAVOIR QUI DES GENS DE SON TERRITOIRE SERONT CONSIDÉRÉS COMME SES ESCLAVES

• 4129. Chaibânî dit ceci: Si une peuplade d'entre les ennemis en guerre conquièrent une autre peuplade également ennemis (des musulmans), pour les prendre comme esclaves, mâles et femelles, de leur roi (=du roi des conquérants), puis que ce roi et les habitants de son territoire embrassent l'Islam, alors il faut distinguer: Quant aux membres de son armée qui ont fait la conquête et ont combattu en sa compagnie, ils seront hommes libres, et personne ne pourra rien leur faire;—

comm. Car ils n'étaient pas dominés par la force, par le roi, mais ils étaient seulement en son obéissance. Celui qui obéit à un roi n'est pas (nécessairement) son esclave; de même qu'un Musulman qui obéit à son souverain (**sultân**) n'est pas son esclave. Puisque ces (soldats) étaient des gens libres[1], ils le resteront après l'islamisation aussi;—

suite: Quant à ceux qui ont été conquis et que ce roi a pris pour esclaves, ils seront ses esclaves, avant comme après l'islamisation.

comm. Car ils sont dominés par la force, par ce roi. Celui d'entre eux qui est dominé par la force, sera esclave. Donc ces gens-là sont les esclaves du roi. Donc s'il embrasse l'Islam, il le fait en possession de ses esclaves, qui resteront ses esclaves, à cause de cette parole de Prophète que nous avons déjà évoquée (ch. 194, IV, 237 etc.)

2067 • 4130. * Si un tel roi meurt, et qu'il donne ces (esclaves) en héritage à certain de ses héritiers tout en lui en donnant possession, et que ce (roi) ne donne rien aux autres héritiers, alors il faut distinguer: S'il l'a fait avant sa conversion à l'Islam —ou avant de devenir Dhimmî,— et que ses enfants embrassent l'Islam par la suite, alors on maintiendra la disposition parise par le roi.

comm. Car au moment où il a fait ce qu'il a fait, il avait le droit de le faire-étant le souverain-et les Musulmans n'exerçaient pas sur lui leur juridiction. Voilà pourquoi on n'interviendra pas dans la décision prise par lui, au contraire on la laissera exécutée.

• 4131. Au contraire, s'il se permet (cette préférence de certains héritiers aux autres) après qu'il a embrassé l'Islam ou qu'il est devenu Dhimmî, alors ce qu'il aura fait ne sera pas valide, mais on partagera ses biens entre tous ses héritiers légaux selon les règles établies par Dieu (dans le Qur'ân).

---

(1) Cela implique qu'il s'agit des soldats ordinaires et non des esclaves qui peuvent aussi combattre en compagnie de leur roi.

comm. Car il a fait cette (préférence) alors qu'il était assujetti à la loi islamique. Il ne lui est donc permis de faire que ce qui est conforme à la loi islamique. Cette (préférence et partialité) est une prévarication selon la loi islamique. Donc on cassera la décision du (roi décédé).

• 4132. Si au moment de sa mort le (roi) distribue son royaume entre ses enfants, donnant à chacun d'eux une région de son royaume et un territoire déterminé, de sorte qu'il fait chacun de ces (fils) roi de la (région lui propre) et qu'il assigne à chacun de ces (fils) les esclaves mâles et femelles se trouvant dans sa région particulière, tout en donnant possession de tout cela à ces (fils), alors il faut distinguer: Si le (roi) a fait cela avant d'embrasser l'Islam, alors tout ce qu'il a fait sera valide; mais s'il l'a fait après avoir embrassé l'Islam ou contracté le pacte de naturalisation, ce qu'il a fait sera nul, en sorte que tous ces esclaves mâles et femelles feront partie des biens laissés, dont l'héritage aura lieu en faveur de tous ses héritiers légaux.

comm. * Car cette préférence des une aux autres pour des biens déterminés est 2068
une partialité, chose qui est nulle selon la loi islamique. Cette parole de (Chaibânî) "tous ces esclaves mêles et femelles feront partie des biens laissés, dont l'héritage aura lieu en faveur de tous ses héritiers" veut relever le fait que si un malade donne quelque chose de déterminé à certain de ses héritiers, pour tenir lieu de l'héritage légal éventuel —ou s'il fait un testament pour quelque chose de déterminé en faveur d'un certain héritier légal, pour remplacer son droit sur l'héritage éventuel— c'est chose nulle, et ce ne sera absolument pas autorisé. Car l'(auteur) a bien dit: "tous ces esclaves mâles et femelles feront partie des biens laissés, dont l'héritage aura lieu en faveur de tous ses héritiers légaux".

• 4133. A supposer que ce (roi) assigne tout à un seul de ses fils à l'exclusion des autres, et qu'à ce moment-là ce (fils) soit en trêve avec les Musulmans: si un autre fils se soulève après la mort du père contre son frère (nouveau roi) pour le tuer et pour s'emparer de tout ce qu'il possédait —ou même s'il ne le tue pas, mais qu'il l'expulse vers le territoire islamique— et que par la suite tout le monde embrasse l'Islam, tout ce que le fils conquérant aura fait sera valide, et tous les esclaves en question lui appartiendront;—

comm. Car la capture par la force est la cause (source) valide du titre de propriété pour les non-Musulmans (**litt.** ennemis). Or le fils conquérant a obtenu le titre de propriété sur les esclaves de son frère vaincu avant son islamisation; donc ils resteront ses esclaves même après l'islamisation;—

suite: Au contraire si le fils conquérant a fait cela au moment où les deux (frères) ont embrassé l'Islam, il lui faudra rendre tout à l'autre.

comm. Car un Musulman ne peut pas avoir titre de propriété sur les biens d'un autre Musulman par la capture moyennant l'exercice de la force et de la domination. Comment pourrait-il donc devenir propriétaire des biens de son frère musulman?

• 4134. A supposer que le fils conquérant fût en état de guerre avec les

Musulmans, tandis que le fils vaincu fût un Musulman, alors tout ce que le (conquérant) a fait sera valide, même s'il embrasse l'Islam ou devient Dhimmî par la suite.

2069 **comm.** * Car un ennemi en guerre obtient titre de propriété sur les biens appartenant à un Musulman étranger (ajnabî) en exerçant la force et la domination; il pourra donc faire de même concernant les biens de son propre frère musulman sur son propre territoire (**litt.** sur le territoire ennemi, c.-à-d. ennemi des Musulmans).

• 4135. A supposer que par la suite les Musulmans capturent une partie de ces esclaves-là: si le fils vaincu (et réfugié sur le territoir islamique en tant que Musulman) les trouve avant la partage des butins, il les reprendra sans rien payer; mais s'il les trouve après le partage, il ne pourra les reprendre que contre leur valeur.

comm. Ce sera comme si un étranger avait pillé ces (esclaves) en les enlevant, puis que les Musulmans les recapturent (en postliminium).

suite: (Chaibânî) dit encore: Si un des commerçants musulmans se rend auprès de ce fils conquérant (usurpateur) et veut acheter de lui quelques-uns de ces mêmes esclaves, il n'y a pas à lui en faire grief.

comm. Car ce fils conquérant a obtenu titre de propriété sur ces esclaves, qui se sont joints à ses autres biens. Il est donc licite de les lui acheter.

• 4136. Mais si ce (commerçant) les amène sur le territoire islamique, le fils vaincu (musulman) aura le choix: s'il le veut, il les lui reprendra contre le prix d'achat et, s'il le veut, il y renoncera.

A supposer que le fils conquérant ait fait cela alors qu'il était un Musulman, cependant que son frère vaincu était aussi un Musulman, alors il faut que les Musulmans n'achètent aucun de ces esclaves à ce (conquérant usurpateur).

comm. Car le fils conquérant n'a pas obtenu de titre valide de propriété sur eux, étant donné qu'il s'agit d'une usurpation de sa part. Or il n'est licite à personne d'acheter à un usurpateur les biens usurpés.

suite: Si néanmoins le (commerçant) les achète et les amène sur le territoire islamique, on les remettra au fils vaincu sans demander paiement ni de prix d'achat ni de la valeur (de ces esclaves).

comm. Car il s'agit de ses propres biens tels quels. Il faut donc les lui remettre.

2070 • 4137. * Supposons que le fils conquérant ait été Musulman le jour où il a agi ainsi envers son frère, et que ce frère aussi ait été Musulman ou Dhimmî: si le (conquérant) le chasse du pays sans pourtant rien faire au sujet de ces esclaves, et que plus tard le fils conquérant renonce à l'Islam pour rejoindre le territoire ennemi —(?se détache du territoire islamique pour convertir son pays en territoire en guerre contre les Musulmans)— qu'il mène la guerre contre les Musulmans, qu'il s'empare de force des esclaves en question et qu'il applique la loi de la mécréance sur son territoire, si par la suite les Musulmans conquièrent cette région et récupèrent une

partie de ces esclaves, alors si le fils vaincu (et chassé par son frère) les retrouve avant le partage du butin, il les reprendra sans rien payer; mais s'il les retrouve après le partage, il les reprendra contre la valeur.

comm. Car quand ce (prince) apostasie, il devient ennemi en guerre, tout comme son pays devient un territoire en guerre. Donc le cas signifie que les biens d'un Musulman (ici, les esclaves du fils vaincu et réfugié sur le territoire islamique) tombent en la main d'un ennemi en guerre qui les met en sécurité au moyen du territoire en guerre. Donc quand les Musulmans capturent ces biens et décident de les partager, ce sera un butin pour les Musulmans et, par conséquent, le maître d'origine devra reprendre le (postliminium (partagé) contre sa valeur. Et Dieu sait mieux.

* Chapitre (198) 2071

DE LA SÉPARATION DES PRISONNIERS DE GUERRE RÉDUITS EN ESCLAVAGE

• 4138. Chaibânî dit ceci: Si on capture des esclaves sur le territoire en guerre et que ceux-ci soient tous des adultes, alors pas de grief à ce qu'on les sépare les uns des autres, afin de les vendre ou de les partager en butin, même s'il s'agit de frères, d'enfants avec leur mère, ou d'enfants avec leur père. Car selon le raisonnement logique, il n'y a aucun reproche à faire à séparer des esclaves (parents): autrement ce serait une entrave à la libre disposition du maître vis-à-vis de sa propriété. La (séparation) est certes désapprouvée par la loi islamique[1], mais cette désapprobation de la part de la Loi est quand ces esclaves parents sont en bas âge, ou si l'un est adulte et l'autre en bas âge; au contraire si les deux sont adultes, la Loi ne stipule rien à leur sujet; donc leur situation reste comme l'exige le principe du raisonnement logique.

comm. La raison juridique de ceci est que, quand les deux (esclaves) sont en bas âge, chacun d'eux cherche soicété avec l'autre (parent) et se trouve familier avec l'autre, tandis que si on les séparait l'un de l'autre, l'isolement l'abrutirait, pour cette même raison. Or le coeur d'un petit ne supporte pas cela, et cela peut le mener à la mort. Ce sens n'existe pas quand les deux (parents) sont adultes.

• 4139. * A supposer qu'il s'agisse d'une mére et de son petit enfant, ou de 2072
deux frères en bas âge, ou d'un frère adulte et de l'autre en bas âge, ou d'un garçon impubère en compagnie de sa tante paternelle ou maternelle, également mineure ou adulte, peu importe, dans tous ces cas il faut qu'on ne les sépare pas pour le partage en butin, ni pour la vente.

(1) Une variante signalée par l'éd.: "Nous le désapprouvons à cause de la loi islamique".

comm. La raison en est un hadith que Chaibânî rapporte, dans le livre, en citant la chaîne des narrateurs successifs que voici:

Huyaiy ibn 'Abdallâh al-Ma'âfirî Abû Qabîl[1] rapporte qu 'Abû 'Abd ar-Rahmân al-Hublî a dit: Nous étions en compagnie d'Abû Aiyûb al-Anṣârî lors d'une campagne —(probablement celle contre Constantinople)— et lui de dire: J'ai entendu le Prophète dire: **"Quiconque met la séparation entre la mère et son enfant, Dieu le séparera de ses bien-aimés, le jour de la Résurrection".** Il est également rapporté du Prophète qu'on amena devant lui quelques prisonniers-esclaves, et qu'il se leva pour les voir: il vit qu'il y avait une femme qui pleurait. Lui: Pourquoi pleures-tu? Elle: Mon enfant a été vendu aux Banû 'Abs (du Yémen). Alors le Prophète dit à Abû Usaid al-Anṣârî: "tu as mis la séparation entre eux. Il faut que tu reviennes (à la vente) et que tu ramènes l'(enfant)". Il le fit et le ramena. On rapporte aussi du (calife) 'Umar qu'il écrivit cette circulaire: Il ne faut pas séparer deux frères, ni non plus la mère et son enfant. C'est-à-dire que quand les deux sont en bas âge, ou quand l'un est en bas âge et l'autre adulte.

• 4140. Mais quand il ne s'agit pas de parents au degré prohibé pour le mariage, comme deux cousins, fils de l'oncle paternel ou maternal (avec qui sa cousine peut se marier) et si tous deux sont en bas âge, ou que l'un soit grand et l'autre en bas âge, alors pas de grief à ce qu'on les sépare l'un de l'autre pour la vente ou pour le partage en butin.

comm. Car cette parenté n'est pas prise en considération pour les statuts légaux. L'indice en est qu'il est permis de les réunir dans le mariage comme il leur est permis de s'époser, si l'un de ces (cousins est mâle et l'autre femelle[2]; de même
2073 * il sera obligatoire d'amputer la main de l'un s'il vole les biens de l'autre (son cousin)[3], ce qui implique qu'ils sont comme des étrangers (l'un pour l'autre). Or pas de grief à ce qu'on sépare deux étrangers.

• 4141. (Chaibânî) poursuit: S'il s'agit d'un couple marié, qui a été fait prisonnier ensemble et réduit en esclavage, alors pas de grief à ce qu'on les sépare pour la vente ou le partage du butin, peu importe si ces époux sont mineurs ou majeurs.

comm. Car le raisonnement analogique (**qiyâs**[4]) refuse de désapprouver la séparation, comme nous venons de la dire; la séparation n'est désapprouvée que par

---

(1) Le passage *_* peut se traduire également: "al Ma'âfirî, Ma'âfir étant l'ancétre éponyme de la tribu".

(2) Selon la loi islamique, qui autorise la polygamie, il n'est pas permis de réunir deux soeurs germaines ou la tante et sa nièce en mariage. Selon la même loi, on peut épouser les enfants des oncles et des tantes aussi biens paternels que maternels.

(3) Une des conditions du vol est que le voleur n'ait pas d'accès libre aux biens volés. Un très proche parent et un serviteur de la maison en sont évidemment exclus. Si ceux-ci enlèvent des biens, il ya a paine discrétionnaire, mais pas la peine définie légale.

(4) Ainsi dans la traduction turque de Aintâbî, l'éd. portant: قياس شرعي

la Loi islamique. Or la Loi désapprouve la séparation quand il y a des liens de parenté généalogique et non de parenté contractée (comme dans le cas de mariage). Donc les liens de parenté contractée restent comme l'exige le raisonnement analogique (logique). Il y a un indice en faveur de cette règle dans ce récit que fait (Chaibânî):

Abu'l-Khair[1] a rapporté ceci: “Pendant les guerres, nous ne séparions pas la mère de son enfant, mais nous séparions la femme de son époux”. Mais même si on met la séparation entre les deux époux, la femme restera l'épouse, où qu'elle se trouve, et il n'y aura point de divorce entre eux, même si on les vend, même si on les partage en butin.

Car on les a capturès ensemble, donc il n'y a pas de différence de territoires entre eux; donc le mariage persistera entre eux, sans que la vente ou le partage en butin puissent le casser.

• 4142. Si quelqu'un meurt laissant une femme de statut libre et une fille en bas âge, en même temps qu'un oncle paternel, alors tant que la fille est mineure, c'est la mère qui a le plus de droit pour en être la gardienne; mais quand la fille sera pubère, c'est l'oncle qui aura le plus de droit pour la prendre en sa tutelle.

comm. Car l'oncle paternel est comme le père. Or quand la fille est pubère (majeure), c'est le père qui a plus de droit que la mère pour être le gardien. Il en sera donc de même quant à l'oncle paternel.

suite: Mais on n'empêchera pas la mère de visiter sa fille (quand celle-ci habite chez l'oncle, par exemple).

comm. Car (le désir de) la visite provient des liens d'affinité (**ṣila ar-rahim**). Or il est obligatoire de garder les liens d'affinité. Mais il y a divergence quant au nombre de visites: Abû Yûsuf dit qu'elle peut aller visiter (son enfant) une fois par mois. Chaibânî dit qu'elle peut aller la visiter une ou deux fois par mois. De même, si la femme est envoyée chez son mari, et qu'elle ait ses père et mère, alors la mari a le droit d'interdire à sa femme d'aller visiter ses parents, mais les parents pourront
venir la voir. * Selon Abû Yûsuf, les parents pourront venir la voir une fois par 2074
mois. Selon Chaibânî, une ou deux fois (par mois). Si les parents veulent la visiter davantage, le mari a la faculté de l'en empêcher. En outre si les parents viennent la visiter, il faut qu'ils la voient en présence du mari, et non en son absence, pour qu'ils ne la montent pas la tête (**litt.** mettre confusion, c.-à-d. malentendu), ce qui mènerait a désaccord et à l'inimitié. Et Dieu sait mieux.

---

(3) Selon le **Tadkira al-huffâz** d'adh-Dhahabî (I, 68, N. 68), son nom était Martad Ibn 'Abdallâh al-Yazanî, Jurisconsulte du Caire (Miṣr) et élève d'Abû Aiyûb al-Anṣârî, dont Chaibânî vient de parler sur la page précédente.

2075
*Chapitre (199)

DE CE QUI EST DÉSAPPROUVÉ A PROPOS DE LA SÉPARATION ENTRE LES ESCLAVES, QUAND ON LES VEND

comm. Nous avons déjà commenté les règles de ce chapitre, dans le même sens et dans le même ordre dans notre **Ziyâdât**(1). Donc nous ne le répéterons pas ici. Et tout pouvoir provient de Dieu.

2076
* Chapitre (200)

DU TESTAMENT POUR LA CAUSE DIVINE ET (DES BÉNÉFICIAIRES) DES BIENS AINSI DONNÉS

• 4143. Chaibânî dit ceci: Si quelqu'un dit lors de sa dernière maladie: “Le tiers de mes biens est dans la voie de Dieu”, puis qu'il meure, cet acte sera chose valide.

comm. Car il fait ainsi le testament pour qu'on dépense le tiers (de ses biens) pour des causes qui rapprochent (de Dieu) et qui sont obéissance (à Lui), étant donné que tout ce qui est obéissance (à Dieu) est dans la voie de Dieu, comme on le rapporte du Prophète qui dit: “Quiconque vieillit de viellissement dans la voie de Dieu, ce sera une lumière pour lui, le jour de la Résurrection”, c'est-à-dire: quiconque vieillit en obéissant à Dieu.

Ne vois-tu pas que ce même récit est rapporté dans une variante: “quiconque vieillit en Soumission (Islam)...” c'est-à-dire en obéissant à Dieu? Cela établit que cet homme (mourant) a assigné le tiers de ses biens à des causes d'obéissance et de rapprochement avec Dieu, même s'il ne nomme pas le légataire (déterminé).

suite: (Chaibânî) poursuit: Et l'on donnera le tiers aux pauvres qui sont dans la voie de Dieu, c.-à-d. à ceux des soldats qui sont besogneux.

comm. Car bien que toute charité et toute cause d'obéissance à Dieu soit “dans la voie de Dieu”, quand on emploie ce terme tout seul, on entend par là la guerre (**gazw**) et la Lutte (**jihâd**). Dieu a bien dit (Q. 2/190, 3/167): “**Combattez dans le**
2077 **sentier de Dieu**...”, c.-à-d. la Lutte. * Donc le but de ce défunt, par cette parole-là, est qu'on dépense le tiers de ses (biens) dans le sens (=pour la cause) de la querre. Pour cette raison, on le dépensera pour la cause qu'il à voulue et désirée.

Ceux qui en bénéficieront y auront plein droit, au point que si quelqu'un meurt avant de sortir en expédition “dans la voie de Dieu”, mais après avoir bénéficié de ce (testament), la somme ainsi reçue fera partie de son héritage pour ses propres héritiers, que ceux-ci veuillent sortir en expédition ou non.

(1) On a encore une fois à déplorer la perte de cet ouvrage de Sarakhsî. Jusqu'à maintenant on n'en a trouvé aucun MS.

Car ce défunt a légué le tiers de ses biens dans la voie de Dieu, à titre de charité (**ṣadaqa**). Or les besogneux obtiennent titre de propriété sur ce qu'on leur donne à titre de **ṣadaqa**. Dieu a bien dit (Q 9/60): "**Rien d'autre: les ṣadaqât sont pour les besogneux, et pour les pauvres, et... dans le sentier de Dieu**..." La condition de ces dépenses est qu'on donne titre de propriété au bénéficiaire. Donc si quelqu'un lègue le tiers de ses biens "dans le sentier de Dieu", ce sera une **ṣadaqa** pour qu'on en donne titre de propriété (au bénéficiaire). En effet on obtient le titre de propriété d'une chose donnée en **ṣadaqa** quand on en obtient possession; et quand on en obtient possession; elle devient partie de ses biens susceptibles d'être hérités (après sa mort) par ses héritiers.

Puis, ces héritiers seront libres: s'ils le veulent, ils sortiront avec l'expédition militaire, et s'ils le veulent, ils ne sortiront pas. Car quand il devient obligatoire qu'on dépense les biens, donnés à titre de **ṣadaqa**, pour celui qui doit en obtenir titre de propriété, c'est que la directive "dépenses-les dans la guerre" a le sens d'un conseil de la part du défunt (donateur). et cela, au même titre que si quelqu'un donne quelque chose, de son vivant, à quelqu'un d'autre et dit: "c'est pour toi: avec cela tu fera le pèlerinage", ou: "... la guerre", ce sera comme un conseil de sa part.

• 4144. Il en sera de même si on donne à quelqu'un sa maison et qu'on dise: "C'est à toi, tu y habiteras". Ici la parole "tu y habiteras" est un conseil de sa part, et le bénéficiaire a la faculté de destiner ces bines (reçus) à quelque chose d'autre que ce que le donateur lui a commandé. Il en sera donc de même ici, (dans le cas de l'aide à la guerre): quand il obtient titre de propriété sur cette chose, au moyen de la possession, elle devient sienne, et (lors de sa mort) son héritier a la faculté de la dépenser comme il le veut. A supposer qu'il donne ainsi quelque chose* à un pauvre, 2078
qui en dépense une partie pour rembourser ses dettes, une partie pour les frais d'entretien de sa famille pendant son absence, et une partie pour sa propre sortie en expédition militaire dans le sentier de Dieu, il n'y a pas du tout à lui en faire grief.

comm. Car toutes ces dépenses font partie des frais de sa sortie en expédition militaire, étant donné qu'il n'a pas la possibilité de sortir en expédition militaire sans laisser de quoi subvenir aux frais d'entretien de sa famille, sans payer ses dettes, et sans faire les frais du voyage lui-même, pour la guerre. C'est ce que signifie la sortie en expédition, dans l'usage courant. Donc pas de grief à faire contre de (telles dépenses).

suite: Si l'(exécuteur testamentaire) donne la chose léguée à titre de **ṣadaqa**, à un pèlerin, réduit à la pénurie pendant le voyage, ce (don) sera valide.

comm. Car dépenser pour un pèlerin réduit à la pénurie fait partie des dépenses "dans le sentier de Dieu", étant donné que (dans le pèlerinage) il s'agit de l'obéissance à Dieu. Nous avons déjà mentionné que ce terme comprend toute bienfaisance et toute obéissance à Dieu. L'indice de ceci est le récit fait par Ibn Sîrîn qui dit: "J'ai dit à Ibn 'Umar: Quelqu'un m'a légué une somme pour dépenser dans le sentier de Dieu; puis-je la dépenser pour le pèlerinage? Ibn 'Umar répondit: Le pélerinage fait partie des causes qui sont dans le sentier de Dieu". On rapporte que

quelqu'un avait laissé son épée pour qu'on s'en serve dans le sentier de Dieu. Alors le calife Abû Bakr la remit à un pèlerin. Mais le meilleur serait qu'on la donne à celui qui sort en expédition militaire dans le sentier de Dieu, car nous avons mentionné que si le terme "sentier de Dieu" est employé tout seul, on entend par là la guerre et la Lutte, et pas autre chose. Le mieux serait donc de dépenser pour cette cause. Un exemple sembable de ceci est ce que les savants de notre école (hanafite) ont mentionné à savoir que, si quelqu'un lègue le tiers de ses biens aux pauvres de la Mecque, il sera loisible de dépenser ce tiers des biens pour d'autres que les pauvres de la Mecque, la raison en étant celle que nous avons évoquée. Il en sera donc de même ici.

• 4145. On rapporte sur Sa'îd ibn al-Musaiyib que, quelqu'un le consulta au sujet d'un homme qui avait donné à un autre quelque chose à dépenser dans le sentier de Dieu. (**Sa'îd**) répondit: "Quand il aura atteint le pic du lieu de sa guerre (**ra's maghzâhu**), la chose sera sienne". Il entend par le "lieu de la guerre" la
2079 frontière du * territoire ennemi, et il met comme condition que le bénéficiaire ait atteint la frontière, pour qu'il obtienne le plein titre de propriété sur la (contribution et la chose donné en aide). Mais selon nous, la chose devient sienne même avant qu'il ait atteint le pic du lieu de la guerre.

La raison est celle que nous avons évoqée, à savoir qu'il s'agit d'une **şadaqa** donnée en toute propriété. Or une telle **şadaqa** devient propriété dès qu'on en obtient possession. Il se peut que quand Sa'îd ibn al-Musaiyib met cette condition (d'atteindre la frontière), il n'entend pas qu'elle marque le commencement du titre de propriété en faveur du soldat (aidé), mais qu'auparavant celui-ci n'a pas le droit de disposer de l'aide reçue pour ses besoins particuliers (non militaires), car avant d'atteindre la frontière aussi, il lui sera possible de dépenser l'aide reçue pour ses besoins particuliers, ou de la laisser à ses dépendants; au contraire quand il parvient à la frontière (avec la chose reçue en aide), il ne lui sera plus possible de la dépenser si ce n'est pour les besoins de la Lutte (contre l'ennemi). (Donc Sa'îd ibn al-Musaiyib met cette condition) *pour que cette aide lui soit un secours pour ses dépenses au titre de la Lutte et pour*[1] empêcher l'homme de la dépenser pour une cause autre que celle de la Lutte.

• 4146. Zaid ibn Aslam dit que son père racontait que 'Umar assigna son cheval à la cause dans le sentier de Dieu. Le cheval fut "perdu"[2], aux mains de son bénéficiaire. 'Umar voulut lui racheter le (cheval), mais le Prophéte lui dit: '**Ne reprends pas ce que tu as donné en şadaqa, car celui qui reprend la chose donnée en şadaqa est comme le chien qui vomit puis lèche ce qu'il a vomi**".

Le sens de l'expression "le cheval fut perdu aux mains de son bénéficiaire" est que l'homme l'avait vendu, ou qu'il l'avait aliéné en quelque sorte de son titre de

(1) Selon une note dans l'éd., ce passage *_* se trouve dans un des MSS seulement.

(2) Voir la note suivante.

propriété[1] Quant à son expression "assigna son cheval à la cause dans le sentier de Dieu", cela ne signifie pas nu **habs**[2], mais seulement qu'il s'en serve à la guerre, dans le sentier de Dieu. Car s'il l'avait fait à titre de **habs**, il n'aurait pas été licite *pour le bénéficiaire du **habs**[3] de le vendre. Puis la phrase: * 'Umar voulut le lui 2080
racheter, mais le Prophète lui dit: Ne reprend pas ce que tu as donné en **şadaqa**", il y a là un indice en faveur de certains juristes, car il y en a qui disent que quiconque fait un **şadaqa** de son cheval, puis veut le racheter au donataire —et même à quelqu'un d'autre (successeur au titre de propriété)— cela lui est déconseillé. C'est l'avis d'Ibn 'Umar, qui est allé jusqu'à dire que ce rachat lui est déconseillé même s'il payait plusieurs fois la valeur. Cette école tire argument de ce récit-là, car le Prophète y interdit à 'Umar de le faire, au point de considérer que le rachat est comme la reprise pure et simple de ce qu'on a donné en **şadaqa**. Alors que la reprise de ce qu'on a donné en **şadaqa** est interdite (**harâm**). *Mais selon notre école (hanafite), ce (rachat) n'est pas déconseillé, car c'est un achat **ab initio** et non pas la reprise (de la **şadaqa**)*[4].

Il faut interpréter le hadith (du Prophète) en ce sens que le (Prophéte) empêcha ('Umar) de racheter (son cheval) à moindre prix (**litt.** à prix rabattu, **muhâbât**).

comm. C'est à dire que, si le donataire sait que c'est le donateur lui-même qui veut acheter (l'objet de son don), il peut quelquefois rabattre le prix. Dans ce cas, la quantité rabattue du prix ressemble à une **şadaqa** que l'on reprend (sans contre-valeur) après l'avoir donnée. C'est là une chose déconseillée. Mais quand on est certain que le donataire ne rabat pas le prix à cause qu'il a reçu la chose en **şadaqa**, ce n'est pas là reprendre la chose en **şadaqa**. Et puisqu cela ne ressemble pas à une reprise du don, ce n'est pas déconseillé.

• 4147. Rabî'a ibn 'Abdallâh ibn al-Hudhail rapporte que quand (le calife) 'Umar donnait à quelqu'un, "dans le sentier de Dieu", un chameau à monter, ou autre chose, il disait: "Si tu parviens au-delà de Wâdi'l-Qurà[5] etc., sur la route d'Egypte, fais de la (monture) tout ce que tu voudras".

Certains (savants) disent que* 'Umar donnait ainsi le titre de propriété à partir 2081

(1) Ce sens nous paraît impossible, vu que 'Umar voulait racheter le cheval au bénéficiaire même de son don, (qui ne l'avait pas vendu à un tiers). Le vrai sens semble être que le donataire maltraitait le cheval et ne lui donnait pas les soins qui étaient nécessaires pour le maintenir en bon ordre. 'Umar n'avait donné son cheval bien-aimé que pour la cause divine, et il ressentit quand ce cheval fut maltraité.

(2) Il semble que dans la terminologie de notre auteur, une fondation pieuse de bien meubles s'appelle **habs**, quand la chose est directement employée; une fondation d'immeubles, un **waqf**, quand l'usufruit seul est employé. Mais il confondra parfois les deux mots et s'en servira comme de synonymes.

(3) Ainsi selon le MS de Beyrouth, le passage *_* manque à l'éd.

(4) Variante: (Mais selon nous, ce (rachat) n'est pas déconseillé, car c'est un échange (**istibdâl**) et non pas une reprise."

(5) Selon le géographe Yâqût (s.v. al-Qurâ), la ville de Wâdi'l-Qurà, déjà en ruine à son époque, se situe entre Khaibar et Taimâ', dans l'extrême nord de l'Arabie. 'Umar lui même était à Médine. Si un soldat, sortant de Médine, parvenait jusqu'à Wâdi'l-Qurà, ce serait une garantie sérieuse qu'il ne vendrait pas la monture pour chez lui, rennonçant à la guerre.

d'une certaine date, c'est-à-dire: "quand tu parviendras à Wâdi'l-Qurà et le traverseras, cette (monture) sera ta propriété. Ce serait à l'instar de celui qui dirait à l'autre: "Quand on sera à demain, la maison que voici sera tienne à titre de **şadaqa**". Donc ('Umar) donnait le titre de propriété après que l'homme aurait traversé Wâdi'l-Qurà, et non à effet immédiat. Les autres (savants) disent: 'Umar donnait le titre de propriété à effet immédiat, mais la condition qu'il imposait avait pour motif d'empêcher le (bénéficiaire) de dépenser le (don) pour ses besoins particuliers (non-militaires) et de le persuader de sortir en expédition militaire. Donc cette condition avait le sens d'un conseil.

(Chaibânî) cite cet autre récit, dans le livre, en donnant toute la chaîne des narrateurs successifs, sur l'autorité de 'Ubaidallâh ibn 'Umar, pour dire que 'Abdallâh ibn 'Umar a dit: "Si tu parviens à Wâdi'l-Qurà, alors fais ce que tu voudras".

Et d'après 'Aşim ibn Kulaib al-Jarmî, et celui-ci d'après 'Atâ' ibn Abî Rabâh: "Si quelqu'un dit: 'le tiers de mes biens sont dans le sentier de Dieu', alors —selon l'avis de 'Atâ'— tout ce qui est obéissance à Dieu est 'dans le sentier de Dieu'".

comm. Si "dans le sentier de Dieu" signifiait la guerre, —comme l'affirme Chaibânî,— nous l'aurions préféré, afin de donner (l'aide) aux besogneux d'entre ceux qui combattent dans le sentier de Dieu, et non point à ceux (des soldats) qui sont au large. Car son expression "un tiers[1] de mes biens sont dans la voie de Dieu" veut dire que ce soit "une **şadaqa**" et donc qu'ils aillent aux pauvres, comme doivent y aller toutes les autres **şadaqa**.

• 4148. 'Uthmân ibn Abî Sauda rapporte qu'il y avait deux frères dans la tribu des Qâra, branche des Kinâna, puis que l'un d'eux mourut en léguant une quantité de dînârs (pièces d'or) "dans le sentier de Dieu"; l'autre frère (l'exécuteur testamentaire) ne put pas, cette année-là, sortir en expédition militaire, mais il alla en pèlerinage,
2082 où il rencontra (le calife) 'Umar ibn al-Khattâb * à qui il raconta l'histoire. Celui-ci lui dit: "Dépense cela pour toi, car tu n'en dépenseras même pas un dinar sans que Dieu n'écrive pour toi tant et tant (de récompense)". Et (Chaibânî) d'ajouter: Il en est ainsi quand ce frère est un besogneux, et non un héritier; donc pas de grief à ce qu'il dépense cet argent pour sa propre personne, en tant qu'étranger pauvre. Certes s'il en est au large, il ne faut pas qu'il le dépense pour sa propre personne.

comm. Car il s'agit d'une **şadaqa**. Or la **şadaqa** est destinée aux pauvres et non à ceux qui sont au large.

suite: De même, si ce (frère) est l'héritier (de l'autre frère, en l'absence de la famille de ce dernier), il ne doit pas dépenser cela pour sa propre personne.

comm. Car le (défunt) a fait un legs. Or le Prophète a dit: **"Pas de legs en faveur d'un héritier"**. Et tout pouvoir provient de Dieu[2].

---

(1) L'éd. porte ثلثى , nous lisons: ثلاث

(2) La discussion est reprise dans le chapitre 202, le chapitre 201 constituant comme une petite digression.

* Chapitre (201) 2083

DU HABS DANS LE SENTIER DE DIEU

• 4149. Chaibânî dit: Pas de grief à faire à un homme qui fait un **habs** (don pieux en bien meuble) de son cheval ou de ses armements dans le sentier de Dieu, et qui dit: “C'est un **habs** à l'intention de quiconque participe à la guerre”, et qui y nomme un gérant chargé d'assurer les soins nécessaires (à la chose donnée) et de la remettre à qui en a besoin.

Cette (licéité) provient du fait que c'est un acte de piété rapprochant de Dieu, et conforme aux donations en **habs,** faites par les anciens d'entre les Compagnons du Prophète, comme ‘Umar, ‘Alî, ‘Abdallâh Ibn Mas‘ûd, ainsi que d'entre les successeurs des compaganons (**tâbi'ûn**) comme Ibrâhîm an-Nakha‘î, ‘Amir ach-Cha‘bî: tous ces (vénérables personnages) ont constitué des **habs** dans le sentier de Dieu. En outre, il n'y a pas de difficulté à sa (licéité), selon l'avis de Chaibânî, car selon lui il est permis de faire un **waqf** pieux, même de choses meubles —peu importe si, pour telle chose particulière, l'usage est dans ce sens ou non— exactement comme le **waqf** des immeubles. Le (**habs**) en question ici est également valide selon Abû Yûsuf. Car il déclare nul le **waqf** des meubles sauf en ce qui est d'usage courant. Or il y a usage courant depuis l'épouqe des Compagnons du Prophète et de leurs successeurs pour faire **waqf** des armements et des bêtes de
guerre. Donc selon Abû Yûsuf le **habs** * des bêtes de guerre et des armements est 2084
valide, mais non celui des autres objets meubles. Quant à Abû Hanîfa, le **habs** ne lui dit rien et, (selon lui), si quelqu'un le fait, son titre de propriété sur la chose donnée en **habs** ne s'évanouit pas; et cela au point qu'il peut la vendre; ou, s'il meurt, la chose passera en héritage à ses héritiers légaux. Donc selon lui, le **habs** (des objets en question) a ici le sens du prêt (**‘âriya**) et comporte l'autorisation de l'usufruit, comme c'est le cas de tous les autres **waqf**, selon lui.

Chaibânî dit en outre: Le **habs** ne devient effectif que quand on en livre possession au gérant, qui peut être l'officier chargé des soldats, ou même un homme spécialement mommé pour s'en occuper. Et ce gérant remettra la chose à un homme qui veut participer à l'expédition militaire. Et quand le donateur a remis la chose au gérant (nommé par lui) ou au directeur des **waqf** (nommé par le gouvernement), la main possédante qu'il avait sur cette chose cesse.

comm. Car selon lui, la possession est la condition **sine qua non** du **waqf**. Il en est de même pour le **habs**, come pour tous les **waqf**. Selon Abû Yûsuf, livrer la possession n'est pas une condition **sine qua non** d'un **waqf**, mais l'attestation par des témoins suffit; donc dans le cas du **habs** aussi, donner la possession ne sera pas une condition **sine qua non**.

suite: En outre, si l'homme fait cet acte en état de pleine santé, il pourra le faire même pour la totalité de ses biens;—

comm. Car les charités (**tabarru'ât**) d'un homme en état de pleine santé sont valides pour même la totalité de ses biens;—

suite: Mais s'il le fait durant sa dernière maladie —ou s'il fait un testament qui aura lieu après sa mort— ce sera valide dans la limite du tiers de ses biens, comme c'est le cas pour toute autre charité (de la part d'un mourant).

comm. Car la charité pendant la dernière maladie est un legs. Or le legs est valide dans la limite seulement du tiers des biens laissés.

2085 • 4150. * Chaibânî continue: Si quelqu'un fait **habs** (d'objets meubles) dans le sentier de Dieu, pas de grief à ce qu'il marque dessus: "**habs** fait par un tel, fils d'un tel", afin que si l'objet s'égare, ou si un voleur le vole, on puisse le rendre à qui de droit. Il est rapporté que le Prophète marquait de ses propres mains les chameaux reçus en impôt (**ṣadaqât**). Il est également rapporté du (calife) 'Umar que lui aussi marquait (les bêtes) de sa propre main. Il est même rapporté que ce dernier avait fait un **habs** de 30.000 chameaux et de 300 chevaux, tous marqués sur leurs cuisses: "**habs** dans le sentier de Dieu". Il est aussi rapporté que (le calife) 'Umar ibn 'Abd al-'Azîz donna de ses propres biens des chevaux dans le sentier de Dieu, et on avait marqué sur leurs cuisses: "préparés pour Dieu" (**'udda lillâh**). En outre, et quoique dans le marque il y a une souffrance pour les bêtes, il y a une utilité pour les Musulmans;—

comm. Car si la bête est marquée, personne ne cherche à l'usurper, ni ne désire la voler;—

• 4151. Et si elle égare, on la reconnaît par la marque, pour la rendre à l'ayant droit. Il n'y a pas à faire grief de faire souffrir un animal en vue du profit des Musulmans, surtout quand il s'agit de quelque chose de religieux.

Il y a des (savants) qui disent que c'est là l'avis des deux maîtres juristes (Chaibânî et Abû Yûsuf), car selon ces deux, puisqu'il n'y a rien de désapprouvé dans la marque faite aux bêtes de sacrifice lors du pèlerinage, il n'y aura rien de désapprouvé non plus dans la marque (faite aux bêtes de guerre, lors d'un **habs**). Mais selon Abû Hanîfa, même la marque faite aux bêtes de sacrifice est chose désapprouvée; et il en sera de même quant aux bêtes de guerre (données en **habs**), étant donné que c'est la même chose dans les deux cas.

En outre, il n'y a pas de grief à faire si cette marque est faite sur une partie de la bête où elle se vautre dans la poussière[1].

2086 * **comm.** Car le but du maître, quand il marque, est de pouvoir reconnaître (la bête), et non point de faire peu de cas du nom de Dieu le Très Haut. Il n'y a donc pas à en faire grief. Cela peut te suggérer la réponse à faire aussi à cette autre

(1) C'est-à-dire que le nom de Dieu risque d'être souillé par cet acte de la bête.

question-ci: si quelqu'un a une bague où est inscrit un des noms de Dieu: Il y a des savants qui déconseillent à l'homme d'entrer dans les cabinets de toilette en portant cette bague au doigt, ou de coucher ainsi avec sa femme, et ils disent qu'il est obligatoire de l'enlever du doigt par respect pour le nom de Dieu. Ce que (Chaibânî) a dit ici indique qu'il n'est pas déconseillé d'aller aux cabinets ou de coucher avec sa femme en portant une telle bague. Certes (lors de la consultation) les savants ont répondu ce que nous venons de citer.

• 4152. Il est rapporté comme étant l'avis de Sulaimân ibn Yasâr que, si quelque mal est survenu dans la bête donnée en **habs**, pas de grief à ce qu'on (la) remplace; mais qu'il déconseillait de la faire s'il n'y avait aucun mal. Et quant à al-Hasan al-Başrî, à son avis il n'y a pas à faire grief de remplacer une bête de **habs** dans la quelle il y a quelque mal; mais il désapprouve de la faire lors d'une simple maladie quand il n'y a pas de mal en elle.

comm. Car celui qui a fait ce **habs** a voulu faire **habs** de cette bête et non de tel objet de remplacement. Et quant au mal survenu (dans la bête), s'il y a espoir qu'il s'en aille, comme une maladie, alors selon Abû Yûsuf et Chaibânî le remplacement (de cette bête) est dèsapprouvé, mais selon Abû Hanîfa, le **habs** ne colle pas (à la chose donnée), au point que si son auteur le veut, il peut vendre l'objet du **habs** ou le reprendre. Il en sera donc de même en ce qui concerne son remplacement. Mais selon les deux autres (Abû Yûsuf et Chaibânî), le **habs** colle (à la chose donnée ici: la bête) en sorte que si son auteur veut la vendre lors de la maladie à elle, il n'en a pas la faculté. Il en sera donc de même quant à l'autre (ici, le benéficiaire du **habs**).

* • 4153. Ainsi est rapporté l'avis de Makhûl, qui dit: Ne vendez pas les bêtes 2087
en **habs**, et ne les remplacez pas (par d'autres)". Il ne sera donc pas permis de les remplacer, sauf quand un mal est survenu (dans la bête) au point qu'il n'y a pas d'espoir qu'il s'en aille. Par exemple quand il n'est pas possible de la monter pour livres des combats, ou si elle a vieilli, auxquels cas il n'y a pas à faire grief de la vendre et d'acheter avec le prix un remplacement pour le compte du **habs**. Du moins quand ce sera possible; et si ce n'est pas possible, on dépensera le prix au nom de l'auteur du **habs**, pour une cause de charité (**litt**. rapprochement, c.-à-d. avec Dieu).

comm. Car le but de l'auteur du **habs** étant qu'on puisse combattre sur cette (bête). Donc quand elle devient telle qu'on ne puisse plus combattre dessus, et si on ne pouvait pas la remplacer, cela mènerait à perdre le but de l'auteur (du **habs**). Voilà pourquoi il n'y a pas à faire grief de la remplacer. On a rapporté l'avis d'Abû Yûsuf qui dit: Pas de grief à ce qu'on remplace un objet de **waqf**, car on rapporte que (le calife) 'Alî avait fait un **waqf** en faveur de ses deux fils, al-Hasan et al-Husain, puis quand il dut sortir pour l'expédition d'aş-Şiffîn, il dit (à son employé): Si la vie leur pèse lourde(1), alors vendez ce (**waqf**) et répartissez entre

(1) Ainsi: ناءت dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: فزت

eux (deux) le prix réalisé.[1] Dans son **waqf** il n'y avait pas à l'origine la condition de la vente, puis il en donna l'ordre! Et tout pouvoir provient de Dieu.

2088 *** Chapitre (202)**

DU LEGS DE BIENS DESTINÉS A ETRE EMPLOYÉS DANS LE SENTIER DE DIEU, ET DE LA DONATION PIEUSE DE MEUBLES (HABS) FAITE DU VIVANT ET EN LA PLEINE SANTÉ DU DONATEUR

• 4154. Chaibânî dit: Si quelqu'un fait un testament et dit: "le tiers de mes biens sont pour être employés dans le sentier de Dieu", et s'il meurt ensuite, alors le tiers de ces biens qui est destiné à être employé "dans le sentier de Dieu" sera comme celui qui est destiné à être employé "dans l'obéissance à Dieu". Et l'on sait que le legs pour "obéissance à Dieu" est chose licite. Donc on donnera le tiers légué aux besogneux.

comm. Car les biens destinés à être employés dans le sentier de Dieu seront une **ṣadaqa**. Or la ṣadaqa est destinée (par le Qur'ân 9/60) aux pauvres et aux gens besogneux.

• 4155. Mais on le donnera aux besogneux d'entre ceux qui participent à la guerre, pour la raison que nous avons évoquée, à savoir que lorsque le terme "dans le sentier de Dieu", sans autre précision, a été employé, on entend par là: la Lutte (**jihâd**). Donc on dépensera ces biens pour les besogneux d'entre les combattants (**ghâzî**) et soldats (**litt.** ceux qui luttent), et l'on donnera à chacun des bénéficiaires ce qui le renforcera.

comm. Car quand on donne la **ṣadaqa** à un pauvre par une obligation légale (c.-à-d. la dépense de la **zakât**), elle ne doit pas être inférieure aux frais de repas d'un jour, étant donné que quelque chose d'inférieur à cela ne le mettrait pas au large (pendant la journée). Pour la même raison il est obligatoire, dans l'expiation du serment violé, (cf Q. 5/98), de donner à chaque pauvre au moins la nourriture d'un jour. On l'évalue à un demi-**ṣâ'** (le ṣâ' contient environ 3 kilos) de blé. Il en sera donc de même ici.

suite: Mais si l'on veut, on peut donner plus.

---

(1) Dans son commentaire arabe de cet ouvrage (**Taisîr al-masîr**), 'Aintâbî cite le texte du waqf de 'Alî (sur l'autorité d'al-Mubarrad), où nous lisons: "Au nom de Dieu, le Très Miséricordieux, le Tout Miséricordieux. Voici ce dont a fait charité (**taṣaddaqa**) l'esclave de Dieu, 'Alî commandeur des croyants (=calife): Il a fait charité de deux terres connues sous le nom de 'Ain Abî Naizar et al-Bughaibigha, en faveur des besogneux parmi les habitants de Médine et pour l'hospitalité des voyageurs en transit. Il cherche ainsi que, par là, Dieu protège son visage de la chaleur du feu de l'enfer, le jour de la Résurrection. On ne les vendra pas, et on ne les donnera pas non plus en don (à qui que ce soit), jusqu'à ce que Dieu seul en hérite, Lui étant le meilleur des héritiers. Sauf si al-Hasan et al-Husain en ont besoin, alors ces (terres) leur seront licites, mais pas pour personne d'autres". Sarakhsî s'appuie donc sur la dernière partie de ce testament.

comm. Car on peut donner à un seul homme la totalité (du don charitable). On peut donc lui donner plus que le minimum obligatoire.

* Ne Vois-tu pas que si quelqu'un lègue le tiers de ses biens aux pauvres, et 2089
que (l'exécuteur testamentaire) donne tout ce tiers à un seul pauvre, cela est valide selon Abû Yûsuf? Selon Chaibânî, (lors du testament en faveur des pauvres), il n'est pas permis de donner à moins de deux personnes (en vue de l'emploi du terme au pluriel?) Mais comme il est permis de dépenser la totalité de l'impôt-**zakât** (des épargnes en argent) à un seul individu (de l'avis de tous), il s'établit qu'un seul individu est bien qualifié pour être bénéficiaire de ce qui est en sus du minimum obligatoire. Car ce qui est en sus de la nourriture (d'un jour)... (**texte obscur, apparemment:** devient quand même sa propriété), étant donné que quand il y a faire **ṣadaqa** (mentionnée dans le Qur'ân 9/60), Dieu a inclus aussi: "dans le sentier de Dieu". Or cette **ṣadaqa**-là exige, pour être correcte, qu'on en donne titre de propriété. Il en sera donc de même ici. Quand on obtient possession de la **ṣadaqa**, on en obtient titre de possession. Donc quand quelqu'un en obtient possession, elle devient sienne.

suite: Si le (bénéficiaire de ce testament) consacre cet argent à la subsistance de sa famille pendant (son absence), ce sera valide; de même ce lui sera valide de le dépenser pour ses besoins particuliers (non-militaires).

comm. Car il s'agira pour lui d'une disposition prise vis-à-vis de sa propre propriété.

suite: Mais le mieux serait qu'il le consacre à sa sortie dans le sentier de Dieu (en expédition militaire), afin de réaliser le voeu du défunt. Certes s'il sort dans le sentier de Dieu avec l'aide de cet argent, puis qu'il en reste encore quand il rentre (de l'expédition), cet argent sera sien.

comm. Car s'il ne l'emporte pas en sortant pour la Lutte, l'argent sera quand même sien. Donc quand il rentre (de l'expédition) et qu'il en reste encore quelque chose en sa main, ce sera sien (à plus forte raison), étant donné que c'est un surplus (non dépensé) faisant partie de ses biens. Cela au point que s'il meurt, ses héritiers en héritient.

• 4156. (Chaibânî) dit: Mais il ne faut pas, parce que quelqu'un part en expédition dans le sentier de Dieu, lui donner cet (argent) s'il en est au large.

comm. * La raison en est celle que nous avons dite, à savoir que le tiers donné 2090
"dans le sentier de Dieu" fait partie de la **ṣadaqa**. Or la **ṣadaqa** doit être dépensée pour les pauvres, à l'exclusion de ceux qui en sont au large. L'indice à cette (règle) est le statut de la **zakât** et de toutes les autres **ṣadaqa**[1].

---

(1) Cette affirmation ne doit pas être prise trop rigoureusement, car le mot **sadaqât** (dans le verset 9/60) est l'équivalent de **zakât**, et le Qur'ân le destine à huit catégories de bénéficiaires, et non pas seulement aux besogneux. En outre, zakât n'est pas uniquement l'impôt prélevé sur les épargnes en argent, mais s'applique également aux impôts fonciers et à tous les autres impôts payés par un Musulman à un gouvernement islamique.

• 4157. (Chaibânî) dit: De même si, de son vivant et en plein état de santé, quelqu'un assigne ses biens au "sentier de Dieu", il lui incombera de donner en **ṣadaqa** (charité) tous ces biens, et il ne pourra en garder pour lui-même que la nourriture (pour un certain délai, **voir le commentaire**). Puis quand il gagnera de (nouvel) argent, il lui faudra donner en charité ce qu'il avait gardé (lors du don pieux de tous ses biens).

comm. L'auteur le dit ici ainsi, mais dans le chapitre de **Hiba** (cf **Mabsût**, XII, 93) il a dit que, si quelqu'un dit: "Mes biens sont **ṣadaqa** pour les pauvres", il lui faudra ceder en ṣadaqa tous ceux de ses biens sur lesquels il a à payer la **zakât**, comme les troupeaux paissant dans les pâturages, et les biens de commerce, mais non les autres biens, comme les esclaves et les terres. Il y a des (savants) qui disent que ce que (Chaibânî) a dit ici est conforme à la déduction analogique, tandis que ce qu'il a dit dans le chapitre de **Hiba** est conforme à l'équité. D'autres disent que la réponse a varié selon les occasions: dans le chapitre de **Hiba**, le sujet de discussion était quand quelqu'un dit: "mes biens sont **ṣadaqa**, on entend par là seulement les biens imposables. Dieu a bien dit (9/103): **"Prends sur leurs biens une ṣadaqa..."**, où cela signifie les biens imposables. Au contraire, le sujet de discussion ici est que le (donateur) a dit: "mes biens sont dans le sentier de Dieu". Or ici le mot **ṣadaqa** n'est pas précisé dans la parole et, pour une telle imposition, il n'y a pas de directives, dans le Qur'ân, pour qu'on les prenne en considération; voilà pourquoi on appliquera le mot "biens", dans sa parole, à tout ce à quoi le mot "biens" peut s'appliquer valablement.

Il y a d'autres (savants enfin) qui disent que la différence entre les deux opinions de Chaibânî provient des cas différents: En effet, ce que s'impose (ici le donateur), il l'attribue à ses biens. Donc on l'appliquera à tout ce à quoi s'applique le terme "biens". Or le terme "biens" s'applique (également?) aux biens autres que ceux qui sont imposables. Ainsi dans cette parole du Prophète: "Quiconque laisse des biens, ils vont à ses héritiers"; puis (?donc) on applique le terme à toutes les
2091 espèces de biens laissés par le défunt, (imposables et non-imposables). * Il en est de même si le (donateur) dit: "Je lègue le tiers de mes biens à un tel", ou: "... à des pauvres", alors ce sera le tiers de la totalité des biens laissés par lui (et non seulement ceux qui sont imposables). Donc si le terme "biens" s'applique à tout ce qu'il a laissé, alors ce qu'il s'est imposé s'appliquera à cela, et il faudra donner en **ṣadaqa** (charité) tous ses biens. Au contraire, ce que (Chaibânî) a dit dans le chapitre **Hiba** est correct en ce sens que, là, l'homme s'est imposé de donner ses biens en **ṣadaqa** (et non pas à un tel détermine); donc on y prendra en considération ce en quoi Dieu a imposé la **ṣadaqa** dans les biens des hommes. Or elle est imposée seulement sur les biens imposables. Il en sera donc de même dans ce cas (mentionné dans le chapitre **Hiba**), et l'on entendra les biens imposables seulement[1].

---

(1) Comme l'a déjà remarqué 'Aintâbî, dans sa traduction turque, l'auteur a déjà parlé du sens du mot "biens" à deux reprises, voir ch. 47 • 462, et ch. 164 (IV, 74).

• 4158. Le texte porte ici l'expression: "et il ne pourra en garder pour lui-même que la nourriture". La raison en est que, s'il ne gardait pas suffisamment pour sa nourriture, il aurait besoin de mendier. Or il ne faut pas qu'on se donne à soi-même la risque d'être obligé de mendier. En outre s'il fait charité de tous ses biens, il lui sera licite d'accepter les biens des autres. Donc s'il prend sur ses propres biens, ce sera mieux.

Le texte dit aussi "puis quand il gagnera de (nouvel) argent, il lui faudra donner en charité la quantité qu'il avait gardé"(1). C'est ainsi, car cette quantité (gardée pour lui-même) était en effet devenue la propriété (destinée) aux pauvres, et il lui incombait de la leur donner. Donc quand il la détruit —(c.-â-d. ne leur donne pas mais dépense sur sa propre personne)— ce sera comme une dette, et il lui faudra la payer.

(Il y a également mention dans le texte) de la quantité des biens qu'on pourra garder pour sa nourriture. (Mais combien?) A ce propos les juristes (**machâ'ikh**) ont dit que, si le (donateur) est un agriculteur, il pourra garder la nourriture de toute une année. Car il est clair qu'il ne pourra obtenir de nouveau de quoi manger qu'après un an (lors de la nouvelle récolte(2)). De même si l'homme est un commerçant, il peut garder les frais de nourriture pour un mois, car le commerçant vit de ses bénéfices; et il n'a pas de bénéfices chaque jour. En général il gagne des bénéfices sans qu'un mois s'écoule. De même si l'homme est un **mu'âmal** (employé d'occasion?), il gardera la nourriture de trois jours, car quelquefois il trouve un employeur dès le lendemain, mais en général (**litt.** apparemment) trois jours ne passeront pas sans qu'il soit employé. * 2092

suite. S'il dit: "Tout ce que je possède est **şadaqa** pour les pauvres"...

comm. A ce propos, on rapporte deux avis (de Chaibânî): Selon l'un, il faut donner en **şadaqa** tout ce dont il est propriétaire; et selon l'autre, il faudra céder seulement les biens imposables. Nous avons déjà expliqué dans le chapitre **Hiba** (cf **Mabsût**, XIII, 93) les arguments des deux avis. Puis il faudra dépenser ces biens pour ceux des pauvres qui participent aux expéditions pour les pauvres d'entre ceux qui ne sortent pas combattre, ce serait validè (**litt.** suffisant). Car donner la **şadaqa** à ceux des pauvres qui ne participent pas à l'expédition militaire est déjà une obéissance à Dieu (une charité), et nous avons déjà mentionné que toute chose faire par obéissance à Dieu fait partie de ce qui est dans le sentier de Dieu.

• 4159. A supposer que ce (donateur) meure avant de verser (la **şadaqa** envisagée), elle fera partie de l'héritage pour ses proches parents; et à ceux-ci, il ne sera pas obligatoire de l'exécuter (=de le donner en **şadaqa** comme prévu), sauf s'ils le veulent.

---

(1) On remarquera une légère différence entre la citation ici et celle, plus haut, dans le texte de Chaibânî, mais le sens reste le même.

(2) Il s'agit du cas où l'on donne un tiers de ses biens, autrement il n'y a plus de capital pour fructifier.

comm. Car une **ṣadaqa** donnée à titre surérogatoire ne sera pas plus importante que celle qu'impose la loi islamique (c.-à-d. l'impôt-zakât). Or dans ce dernier cas, si quelqu'un meurt sans avoir payé l'impôt-zakât, il tombe: il n'est pas traité comme une dette grevant son héritage. Ce sera ainsi à plus forte raison ici (dans le cas de la charité). La raison en est que la **ṣadaqa** ne devient la propriété des pauvres que quand ils en ont obtenu possession. Donc tant qu'on n'en a pas donné possession et qu'on ne l'a pas exécutée, elle reste dans le titre de propriété du défunt (donateur). Voilà pourquoi elle fera partie de son héritage échéant à ses héritiers. Et puisque les héritiers obtiennent un titre sur ces biens en tant qu'héritage, (et non par quelque stipulation), il ne leur incombe pas d'exécuter sur "leurs" biens (la charité envisagée par le défunt).

• 4160. (Chaibânî) poursuit: Si quelqu'un fait son testament, lors de sa mort, et dit: "Envoyez quelqu'un de ma part en guerre", ou: "Envoyez quelqu'un en guerre, au moyen du tiers de mes biens", voici l'implication: S'il a dit: "envoyez quelqu'un de ma part en guerre", et qu'il donne à quelqu'un les frais de le sortie en expédition
2093 le bénéficiaire de cette aide n'en devient pas propriétaire;*

comm. Car il a dit: "envoyez quelqu'un de ma part en guerre". Or faire la guerre a lieu quand on le fait à ses propres frais et qu'on dépense ses propres biens, afin d'obtenir la récompense divine pour les frais encourus dans la guerre. Au contraire, si le combattant devenait propriétaire de cette aide, la guerre faite par lui serait sur le compte de ce combattant, et non sur celui du mandant.

Ne vois-tu pas ceci? Si l'homme a dit: "envoyez quelqu'un de ma part faire le pèlerinage à mes frais", puis qu'il donne à quelqu'un les frais du voyage du pèlerinage, ce pèlerin ne devient pas propiriétaire de cette aide, mais seulement il a la faculté de la dépenser sur la route du pèlerinage, et non pour quelque autre chose, afin que le pèlerinage accompli par lui le soit au nom du mandant. Il en sera donc de même ici;

suite: Toutefois on lui remettra le minimum nécessaire pour les frais de sa sortie en guerre, pour qu'il puisse la faire au nom du (mandant défunt).

comm. Car cette quantité est sûre. Et ce qui est en sus fait parties de l'héritage pour devenir propriété des héritiers. Or cet homme ne peut pas faire la guerre (pour le mandant) aux frais de ses héritiers.

Ne vois-tu pas que dans le cas du pèlerinage auissi, on donne au remplaçant le minimum d'argent nécessaire pour les frais du pèlerinage? Il en sera donc de même ici: on lui donnera le minimum nécessaire pour les frais de sa sortie en guerre; et le (bénéficiaire) n'en doit rien dépenser pour sa famille, mais uniquement pour lui-même. La raison en est qu'il n'a pas obtenu titre de propriété sur cet argent pour pouvoir le dépenser à son gré; au contraire on l'a mandaté pour pouvoir le dépenser à son gré, au contraire on l'a mandaté pour le dépenser en frais de sortie dans une expédition militaire, au nom du (mandant). Donc il ne doit pas le dépenser pour autre chose que ce pour quoi il est mandaté. Comme c'est aussi le cas du remplaçant

au pèlerinage: il ne doit dépenser l'argent reçu que pour sa propre personne lors du voyage du pèlerinage, etant donné qu'il n'en a pas obtenu titre de propriété. Il en sera donc de même ici.

suite: (Chaibânî) continue: Mais le (soldat-remplaçant) pourra dépenser cet argent pour lui-même lors du voyage du retour (aussi).

comm. Ne vois-tu pas que le remplaçant au pèlerinage dépense la somme reçue aussi bien en allant qu'en rentrant du voyage du pèlerinage? Il en sera donc de même ici.

suite: * Toutefois, s'il reste encore quelque chose (au retour), il faudra le 2094
remettre aux héritiers (du mandant).

comm. Car il n'a pas le titre de propriété sur cet argent en en obtenant possession, mais il a seulement la faculté de la dépenser en frais de sortie dans une expédition militaire. Or au retour l'expédition prend fin, et ce qui lui reste de l'argent est la propriété du défunt. Donc il faut le rendre aux héritiers du (mandant-défunt).

Ne vois-tu pas que le remplaçant au pèlerinage doit rendre le restant de l'argent, qui lui a été donné pour ses frais, aux héritiers de celui qui a envoyé ce remplaçant en pèlerinage? Il en sera donc de même ici. Certes si les héritiers le lui cèdent, alors cet (argent) sera sien.

• 4161. Et s'il a dit "Envoyez quelqu'un pour moi en guerre, moyennant le tiers de mes biens dan le sentier de Dieu", on donnera le tiers des biens à ceux qui feront la guerre dans le sentier de Dieu: on leur donnera les frais de voyage et on achètera les chevaux à leur fournir.

comm. Car cet homme a légué tout le tiers de ses biens pour les frais de ceux qui participent aux expéditions militaires; donc on dépensera tout dans ce but, au contraire du cas précédent, où il avait fait un legs pour une seule expédition: on ne donnait donc que pour les frais de sortie dans une seule expédition. On achètera les chevaux pour ces (soldats), parce que l'affaire de la guerre ne s'arrange qu'avec des chevaux.

Ne vois-tu pas que si le testament était pour envoyer des remplaçants au pélerinage moyennant le tiers des biens laissés, on achèterait un chameau pour monter, étant donné que le voyage du pèlerinage (à la Mecque) se fait par chameau? Il en sera donc de même ici.

suite: En outre on dépensera ce tiers en une seule année, pour envoyer des remplaçants en guerre.

comm. Car ainsi le testament sera exécuté plus rapidement, afin de réaliser le désir du (défunt). Ce cas (de guerre) et celui de pèlerinage sont pareils.

A supposer que les remplaçants à la guerre rentrent, ils doivent rendre la somme qui en reste encore en leurs mains, afin qu'on envoie avec cela d'autres gens en guerre, pour que le tiers légué s'épuise complètement.

La raison en est ce que nous avons dit, à savoir que le tiers des biens est destiné ici à être dépensé pour la cause de la guerre. Donc ce qui reste (en la main des premiers remplaçants, lors de leur retour) sera également dépensé pour la même cause, afin que tout soit épuisé pour la cause de la guerre.

suite: A supposer qu'il ne reste plus d'argent, mais que les chevaux restent, alors on les vendra pour donner le prix ainsi réalisé à ceux qui sortiront dans l'expédition militaire.

2095 **comm.** * Car les chevaux aussi avaient été achetés au moyen du tiers légué. Donc leur prix sera également consacré dans le but même auquel le tiers avait été destiné. Si ces (derniers remplaçants) rentrent avec quelque argent restant en leur main, ils doivent la rendre, afin qu'on puisse envoyer avec cela d'autres remplaçants en guerre.

suite: (Chaibânî) continue: Il faut que l'exécuteur testamentaire compte les frais du remplaçant à partir de son domicile (et non de le frontière, ou du lieu de la mobilisation).

comm. Car si ce (légateur-défunt) partait en personne en guerre, il aurait à dépenser à partir de son domicile. Il en sera donc de même d'une autre personne, si on l'envoie pour le remplacer: elle doit être considérée comme étant en guerre à partir de son domicile.

Ne vois-tu pas que dans le cas du remplaçant au pèlerinage, on paie les frais du pèlerinage à partir du domicile du (remplaçant)? Il en sera donc de même ici.

A supposer que ce qui reste du tiers légué ne suffise pas pour payer un remplaçant à partir de son domicile, l'exécuteur donnera ce restant de l'argent à quelqu'un d'autre (d'un autre endroit du pays, plus près de la frontière), à qui ce restant de l'argent suffira pour le voyage de la guerre. Comme c'est aussi le cas à propos du pèlerinage.

• 4162. (Chaibânî) continue: Si quelqu'un lègue par testament le tiers de ses biens dans le sentier de Dieu, il ne faut pas que l'exécuteur-testamentaire en donne quoi que ce soit à un des héritiers de (ce testateur), même si c'est un besogneux.

comm. Car si on le lui donnait, il le recevrait en vertu du testament. Or le testament en faveur d'un héritier légal n'est pas licite (:il reçoit l'héritage sans testament, et il ne faut pas lui donner par legs plus que la quote-part légale).

suite: Toutefois si tous les héritiers sont des adultes, et si tous autorisent l'exécuteur-testamentaire à donner ce (tiers légué) aux besogneux parmi même les héritiers du défunt, puis que l'exécuteur le fasse, il n'y a pas à lui en faire grief.

comm. Car si on n'autorise pas à faire un testament en faveur d'un héritier légal, c'est pour être (impartial) à l'égard du droit des autres héritiers. Donc quand eux-mêmes l'autorisent, ils annulent leur propre droit, et un tel testament devient valide.

• 4163. Si l'exécuteur testamentaire est lui-même un besogneux, et qu'il prenne

quelque chose de ce tiers, pour aller lui-même faire la guerre dans le sentier de Dieu, pas de grief à ce qu'il le fasse, pourvu qu'il ne soit pas un héritier légal (du testateur).

comm. * Car le directive du testateur: "Je lègue le tiers de mes biens pour être 2096
dépensé dans le sentier de Dieu" ne contient aucun ordre qui donne titre de propriété sur eux à quelqu'un de déterminé. Au contraire c'est comme de dire: "Place-le où tu veux". Supposons qu'il ait dit: "Place-le où tu veux", l'exécuteur aura la faculté de le dépenser pour lui-même comme pour quelqu'un d'autre, peu importe si les héritiers le désapprouvent ou non: leur avis ne nuira point, étant donné que la décision et l'exécution (**litt.** administration) ont été confiées à l'(exécuteur) et non aux héritiers, puisque les héritiers n'ont aucun droit sur le tiers légué. Voilà pourquoi on ne prendra en considération ni leur agrément ni leur désapprobation (si l'exécuteur dépense le legs pour lui-même), et ce sera exactement comme si un étranger avait bénéficié de ce legs.

suite: Il en sera de même si l'(exécuteur testamentaire) le donne à son fils ou à son père ou à son **mukâtab** (esclave en instance de libération sur paiment de sa valeur à son maître): ce sera valide.

comm. Car s'il le dépense pour lui-même, c'est valide; il en sera donc de même à plus forte raison s'il le dépense pour ces (parents etc).

S'il le donne à son esclave de plein droit (**'abd**), il faut distinguer: si le propriétaire de cet esclave (ici, l'exécuteur) est un besogneux, ce sera valide, mais s'il est au large et si pourtant il le lui donne, ce ne sera pas valide, au point qu'il sera tenu pour responsable d'en dédommager.

comm. Car dépenser pour son esclave, c'est comme de dépenser pour soi-même, étand donné que le titre de propriété (sur ce qu'il donnera à l'esclave) sera acquis à lui-même (ou propriétaire) et non à son esclave en personne. Si l'exécuteur est pauvre, il lui est licite de dépenser ce tiers légué à lui-même (comme on vient de le dire); et s'il est au large, cela ne lui est pas licite. Il en sera donc de même ici.

suite: A supposer que l'exécuteur donne l'argent à quelqu'un qui est au large, sans se rendre compte qu'il s'agit de quelqu'un qui est au large, mais qui a demandé du secours, ce sera valide.

comm. Car s'il donnait la **zakât** de ses épargnes à cet homme, sana se rendre compte qu'il s'agisse de quelqu'un qui était au large, ce serait valide selon Abû Hanîfa et Chaibânî; quand même que ce ne serait pas valide selon Abû Yûsuf. Il en sera donc de même ici.

Si l'on disait: "Mais l'exécuteur testamentaire dépense selon la directive du défunt. Or le défunt lui a donné l'ordre de dépenser cela pour les pauvres. S'il le dépense pour d'autres, il aura dépensé au contraire de la directive reçue. Il faut donc que ce ne soit pas valide (de dépenser) sur le compte du défunt". Nous dirions, en réponse que Ma'n ibn Yazîd as-Sulamî avait obtenu la **ṣadaqa** (zakât) que son père avait confiêe à son agent. Et quand (il le raconte à son père), lui de dire: "Je n'ai pas voulu que ce soit toi". Pourtant le Prophète laissa l'affaire s'exécuter,* et dit à Yazîd: 2097

“Tu auras (l'acquittement du devoir de payer la zakât et la récompense divine de) ce qu tu as voulu”. Cet incident établit que l'agent et le propriétaire principal de l'argent sont pareils à ce propos.

• 4164. Si le défunt a fait ce testament-ci: “Il faut qu'on envoie un remplaçant pour moi en guerre dans le sentier de Dieu”, et si un des héritiers veut ainsi aller faire la guerre, celui-ci n'en a pas la faculté si ce n'est avec l'autorisation de tous les (autres) héritiers.

comm. Car bien que cet héritier n'obtienne pas le titre de propriété (dans un legs de ce genre), il en obtient néanmoins un certain profit. Or il est interdit qu'un héritier obtienne profit (par testament) de la part de son parent sur le lit de mort.

suite: Toutefois si tous les (autres) héritiers autorisent que ce soit lui qui aille faire la guerre en remplaçant —pourvu que ces héritiers soient majeurs au moment de la mort du défunt— il lui sera permis d'aller en remplaçant faire la guerre. Mais à son retour il devra rendre ce qui reste de cette aide après les frais du voyage[1].

comm. Car l'empêchement était pour sauvegarder le droit des héritiers. Or quand eux-mêmes autorisent, leur droit ne subsiste plus, et cet héritier est autorisé à aller en remplaçant faire la guerre, même s'il est (riche et) au large.

• 4165. Au contraire du cas où le (défunt) a dit: “Le tiers de mes biens est un legs dans le sentier de Dieu”, auquel cas on ne donnera rien à l'héritier (à ce titre) s'il est au large, et même si tous les (autres) héritiers y autorisaient.

comm. Car ici, on pourrait lui donner cet argent, après autorisation (des héritiers), à titre de charité (**ṣadaqa**); mais la charité est destinée aux pauvres, à l'exclusion de ceux qui sont au large. Voilà pourquoi celui qui est au large ne pourra pas être le destinataire (de l'aide charitable) même si les héritiers (du testateur) l'autorisaient. Au contraire dans le cas en discussion, on ne lui donne pas (inconditionnellement) le titre de propriété sur l'argent, mais on le lui rend licite (à dépenser pour ses frais de voyage à la guerre dans le sentier de Dieu). Or, en ce qui est rendu licite, les riches et les pauvres sont égaux. L'indice en est la dotation pieuse de l'eau potable, dotation par laquelle il est licite au riche d'en boire comme cela est permis au pauvre.

2098 * Ne vois-tu pas que, dans ce cas il incombe au (bénéficiaire du legs) de rendre aux héritiers le restant de l'argent au retour? C'est là un indice de ce que nous avons dit.

• 4166. A supposer qu'un héritier aille en remplaçant faire la guerre au moyen de ce (legs), avant que les (autres) héritiers l'y aient autorisé, puis que ceux-ci apprennent le fait après son départ en guerre, et qu'ils l'y autorisent à son retour, ce ne sera pas valide. De plus, cet homme sera redevable de dédommager de ce qu'il a ainsi dépensé. Mais il pourra aller en remplaçant faire la guerre une prochaine fois.

---

(1) Voir la note sur IV. 59, peut-être concerne-t-elle pour ce passage.

comm. Car une autorisation valide quelque chose qui est en suspens. Or la sortie en guerre, de la part de cet héritier (sur sa propre initiative), était chose accomplie et n'est pas restée en suspens. Donc l'autorisation (postérieure) ne la valide pas.

suite: Il en sera de même si un des (héritiers) est mineur: la sortie en remplaçant ne sera pas valide.

comm. Car ce (petit) ne peut pas l'autoriser.

suite: A supposer que le (mineur) grandisse plus tard pour donner l'autorisation à ce moment-là, ce ne sera toujours pas valide.

comm. Pour la raison que nous venons d'évoquer, à savoir que la sortie en remplaçant n'était pas une chose en suspens. Donc l'autorisation (**post factum**) ne la valide pas.

suite: De même si quelqu'un légue ses biens à dépenser dans le sentier de Dieu, il ne sera pas licite d'en donner à un des héritiers, jusqu'à ce que tous les (autres) héritiers l'autorisent.

comm. Car si on lui donnait cet argent, ce serait à titre de testament. Or cela n'est valide que si tous les héritiers en donnent l'autorisaton.

• 4167. Si quelqu'un ordonne par testament qu'on envoie en son nom un remplaçant faire une fois la guerre, et que ce soit l'exécuteur testamentaire qui sort ainsi —cependant qu'il n'est pas un héritier du défunt— ce sera valide, et il devra rendre le restant de l'argent au retour.

comm. Car le texte du testament ne contient rien qui exclue l'exécuteur testamentaire de bénéficier de ce legs. Donc il aura la faculté de la dépenser pour lui-même (pour la cause voulue), et ce sera comme si le testateur avait dit: "Place-le où tu veux".

• 4168. * (Chaibânî) continue: S'il a ordonné par testament qu'on envoie un 2099
remplaçant pour lui pour faire une fois la guerre, et si l'on envoie quelqu'un pour monter la garde à la frontière-et que cèt homme n'entre pas sur le territoire ennemi-ce sera valide A supposer que les héritiers disent que ce (remplaçant) doit monter la garde pendant une seule journée, mais que l'éxecuteur testamentaire dise: "(Non), il doit monter la garde pendant 40 jours", alors le juge musulman prescrire le minimum (légal) de la garde à la frontière, qui est de trois jours.

comm. Car ce qui s'impose c'est le minimum du devoir de monter la garde à la frontière...(1) Or le minimum de la garde à la frontière est de trois jours, vu que c'est

(1) L'éd. porte ici le passage suivant qui semble aussi été déplacé, et il n'est ni dans le MS de Beyrouth ni dans la traduction turque: "Puis-que ce qui restera en la main du combattant au retour sera rendu aux héritiers, qui le partageront entre eux, rien de leur droit au sujet des biens en héritage ne leur sera retranché, sauf quand il y aura certitude." (Voir la note supra sur IV, 257).

le délai minimum prescrit par la Loi islamique en d'autres occasions, comme pour être vraiment en voyage (pour pouvoir bénéficier de la permission de raccourcir les offices quotidiens de prière), ou pour faire connaître sa décision lors d'un achat au choix. En outre, on ne peut pas être considéré comme ayant monté la garde quand on ne l'a fait que seulement une heure(1) ou deux; on considére qu'on l'a fait quand on a monté la garde pendant des jours. Il faut donc, quand on monte la garde en remplaçant du défunt, le faire pour une période qui puisse s'appeler "quelques jours". Or le minimum en est de trois jours. Pour cette raison il faut monter la garde pour trois jours. Car (à vrai dire) il y a des récits divergents concernant la garde sur la frontière. Ainsi il est rapporté que le Prophète a dit: **"Quiconque monte la garde pour un jour dans le sentier de Dieu, c'est comme de jeûner tous les jours de la vie et de célébrer les offices surérogatoires toutes les nuits de la vie.** Tout au moins c'est le sens des mots emloyés par le Prophète(2). Dans d'autres récits il y a tant de récompense (divine) pour la garde de 40 jours, tant pour celle de 3 jours. Donc s'il y a divergence entre l'héritier et l'exécuteur testamentaire, on prendra le chiffre moyen de ces (trois-là: 1, 3, et 40 jours), qui est de 3 jours, étant donné que cette période est moindre que la plus longue, et plus grande que la plus courte. On décidera en vue de cette autre parole du Prophète qui dit: **"La meilleure des choses est la moyenne".**

2100 * Si celui qui a fait le testament était un habitant de la région frontalière où il faut monter la garde, la déduction analogique dirait que cet homme a voulu un remplaçant pour monter la garde sur cette frontière; ce serait suffisant et l'on n'exigerait pas qu'il aille à l'intérieur du territoire ennemi. Selon l'équité toutefois cela ne suffira que quand on aura envoyé en guerre un remplaçant qui pénètre sur le territoire ennemi.

comm. Le raisonnement analogique en est ce que nous avons mentionné, à savoir que monter la garde fait partie de la guerre; donc pour que l'application du testament soit valide, il faut qu'on envoie un remplaçant qui fasse la guerre en montant la garde, sans pour autant entrer sur le territoire ennemi. L'indice en faveur de cette déduction est que, si le testateur n'état ait pas un résident de la région frontalière, (la simple garde sur la frontière serait suffisante pour réaliser l'intention du testament). Quant à l'èquité, elle raisonne ainsi le défunt a ordonné par testament qu'on envoie pour lui un remplaçant en guerre, il faudra donc qu'on envoie quelqu'un pour une tâche qui mérite d'être appelée la guerre. Or si quelqu'un monte la garde dans sa propre ville ou dans le lieu de sa propre résidence, on ne dit pas qu'il a fait la guerre; on le désigne ainsi quand il a pénétré sur le territoire ennemi. Donc tant qu'il ne pénètre pas sur le territoire ennemi, son agissement ne s'appelle pas la guerre. Voilà pourquoi cela (c.-à-d. monter la garde à la frontière) ne suffira pas (pour réaliser l'intention du testament). Au contraire si quelqu'un se rend dans

(1) Le mot "heure" ici, pour l'arabe **sâ'a** n'est qu'approximatif. Je ne sais pas combien d'heures il y avait dans la journée chez les Arabes de l'antiquité.

(2) Les passages cités par la Concordance de Vensinck (s.v. رابط) parlent tantôt d'un mois, tantôt de 1000 nuits et tantôt de 1000 ans et plus de jeûnes et de prières.

une ville frontalière autre que la sienne et qu'il y monte la garde, on dira, selon l'usage courant, qu'il a fait la guerre. Donc si on envoie un remplaçant en guerre, et que celui-ci quitte sa ville pour aller jusqu'à la frontière ennemie, pour y monter la garde, cela méritera le nom de "guerre", et suffira (pour atteindre le but du testament). Une autre raison (en faveur de ce statut) et la suivante: Si le testateur n'est pas un résident de telle région frontalière qui exige de monter la garde, mais d'une des villes du territoire musulman, alors on donnera le choix (au remplaçant): ou bien de monter la garde à la frontière, ou de pénétrer sur le territoire pour y combattre l'ennemi. Ainsi le testament peut avoir deux applications militaires soit la garde sur la frontière, soit les combats à l'intérieur du pays ennemi (**litt.** soit la Lutte). Donc s'il ne fait que monter la garde, cela suffira, comme il suffira qu'il (entre sur le territoire ennemi et y) lutte. Au contraire si la résidence du testateur et la région frontalière, ses regrets d'avoir manqué à lutte (aux combats à l'intérieur du pays ennemi) seront plus vifs que ceux d'avoir manqué à la garde montée à la frontière. Pour cette raison la Lutte (à l'intérieur du territoire ennemi) et non la garde à la frontière sera le sens à donner au voeu du testament. Donc si le (remplaçant) ne lutte pas (à l'intérieur du pays ennemi), ce ne sera pas suffisant (pour atteindre le but d'un tel testament). Un autre cas semblable est le suivant:

• 4169. Pour un non-Mecquois les tournées rituelles autour de la Ka'ba à la Mecque sont plus méritoires que les offices de prières (surérogatoires), car les regrets d'un (tel visiteur passager de la Mecque) d'avoir manqueé aux tournées de la Ka'ba seront plus vifs que ceux qui concernent les offices, étant donné qu'il a la possibilité de célébrer les offices même ailleurs qu'à la Mecque, tandis que les
tournées rituelles ne peuvent se faire qu'à la Mecque.* Donc pour un (visiteur de 2101
passage à la Mecque) le plus grand désir est de faire les tournées rituelles. Voilà pourquoi il est préférable pour lui de s'occuper de cela (plutôt que des offices surérogatoires). Au contraire pour un Mecquois il y aura moins de regret d'avoir mangué quelquefois aux tournées rituelles —étant donné qu'il peut faire des tournées de la Ka'ba à n'importe quel moment— tandis que les offices (surérogatoires) de prière ont une valeur plus grande. Donc pour un (Mecquois) les offices (surérogatoires) auront plus de mérite. Il en sera donc de même ici (dans le cas de la guerre à l'intérieur du pays ennemi).

• 4170. Si le testateur a légué le tiers de ses biens pour qu'on envoie un remplaçant en guerre, puis que l'exécuteur testamentaire remette cette somme à quelqu'un qui monte la garde à la frontière pendant 40 nuits ou plus —ou à quelqu'un qui entre sur le territoire ennemi pour faire la guerre— selon nous tout ce que l'exécuteur testamentaire décidera sera valide, même si les héritiers refusent.

comm. Car tout l'argent (légué) doit être dépensé pour la guerre —(**variante:** pour les pauvres[1])— et rien n'en revient aux héritiers; voilà pourquoi ce n'est pas à eux de donner un avis ou de décider, mais c'est à l'exécuteur testamentaire de faire

(1) Parce qu'étant légué pour être dépensé dans le sentier de Dieu.

ce qui lui semble bon. Au contraire si le testateur dit: “envoyez pour moi un remplaçant pour faire une fois la guerre”, alors tout le tiers (légué) ne sera pas nécessairement dépensé pour les frais de cette sortie de Lutte.

Ne vois-tu pas que ce qui restera de l'argent (au retour du soldat chez lui) sera rendu aux héritiers? Voilà pourquoi ils auront la faculté de donner leur avis et de décider, afin que leur droit sur l'héritage (éventuel du restant de ce legs) ne soit pas retranché.

• 4171. Si quelqu'un lègue le tiers de ses biens dans le sentier de Dieu, pour que l'(exécuteur testamentaire) le place où bon lui semble, alors cela dépendra de l'exécuteur: S'il se l'attribue —et qu'il soit un besogneux— ou s'il l'attribue à son propre fils, ou à n'importe qui d'autre, tout ce qu'il fera sera valide(1).

comm. Car même si le testateur ne lui avait pas dit de placer (le legs) où bon lui semblerait, l'exécuteur testamentaire aurait la faculté de se l'attribuer ou de l'attribuer à son propre fils. Donc quand le (testateur) lui dit exprès qu'il pouvait le placer là où bon lui semblerait, et lui a délégué le pouvoir général, il pourra le faire à plus forte raison.

• 4172. A supposer que l'exécuteur testamentaire attribue cette (aide) à un
2102 riche, tout en sachant (qu'il est au large), cela ne sera pas valide;*

comm. La raison en est celle que nous avons dite, à savoir que les biens donnés dans le sentier de Dieu constituent une **ṣadaqa**. Or la **ṣadaqa** est destinée aux pauvres, à l'exclusion de celui qui est au large;—

suite: Et l'on dira à l'exécuteur testamentaire: “Place-le chez pauvres de ton choix.

comm. Car le lieu où il a remis le (legs) n'était pas correct. C'est comme s'il ne l'avait remis nulle part. Donc s'il ne l'a remis à personne, il doit le dépenser pour qui il veut d'entre les pauvres.Il en sera donc de même ici.

suite: A supposer que les héritiers disent: “L'exécuteur testamentaire a placé le (legs) chez des riches, et ainsi le testament est annulé; nous prenons donc le tiers (légué) en tant qu'héritage”, ils n'y seront pas autorisés.

comm. Car l'(exécuteur) a certes contrarié le (testament) quand il a placé le (legs) chez-des riches; mais, en le contrariant, il n'est pas déchu de sa qualité d'exécuteur, non plus que les biens ne sont déchus de leur qualité de legs. Il lui est donc loisible de le palcer ensuite chez des pauvres.

• 4173. Si l'exécuteur le place chez certains des héritiers du défunt cependant qu'ils sont au large, cela ne sera pas valide (dans le cas en discussion); et il lui faudra le placer chez des pauvres de son choix. Ne vois-tu pas(2) que si l'exécuteur

(1) cf. supra IV, 256-257

(2) L'éd. porte: الا ان ; nous nous proposons de lire: ألا ترى أن ; on peut même lire: لأن . Le MS de Beyrouth porte: الأن

le plaçait chez cette même personne (riche) cependant qu'elle est un étranger (et non un des héritiers du défunt), ce ne serait pas valide?

comm. La raison en est que, si l'étranger est au large, ce legs ne lui sera pas licite. Il ne sera pas licite à plus forte raison si c'est un héritier du défunt qui, en même temps, est riche.

• 4174. Au contraire si l'exécuteur place le (legs) chez certains héritiers du défunt qui sont pauvres, afin qu'ils s'en servent pour aller en guerre dans le sentier de Dieu, en demandera (autres) héritiers: “Validez-vous ce qu'a fait l'exécuteur?” S'ils le valident, ce sera valide;—

comm. Car si l'héritier est pauvre, il peut valablement être le destinataire de la **ṣadaqa**, mais on ne peut pas la lui donner (ici), vu qu'elle porte le cachet d'un testament, et l'on sait qu'un testament n'est valide, en faveur d'un héritier, que[1] quand les (autres) héritiers l'autorisent;—

suite: A supposer que les héritiers ne l'autorisent pas, le (legs déjà remis en aide aux héritiers pauvres du défunt) reviendra dans l'héritage du défunt et, ensuite, il ne sera plus loisible à l'exécuteur testamentaire de le placer chez des gens autres que ces héritiers (pauvres).

comm. Cela au contraire * du cas précédent, où l'exécuteur l'avait placé chez 2103
des gens riches et où il lui était loisible de la placer en suite chez des pauvres. La raison de la différence en cela est que, la parole du défunt: “le tiers de mes biens sont à dépenser dans le sentier de Dieu” exige qu'on le place chez des besogneux. Car on ne l'a pas autorisé à le placer chez des riches, mais on lui a donné l'ordre de le placer chez des pauvres. Donc s'il le place chez des riches, il le fait contre la directive du défunt et, par conséquent, c'est comme s'il ne l'avait placé nulle part; pour cette raison il lui sera loisible de le placer là où on lui a donné l'ordre de le placer. Au contraire, s'il le place chez un héritier pauvre, il le place chez quelqu'un qui mérite de recevoir ce (legs) et, par conséquent, il ne contrarie pas la directive du défunt. Donc si l'exécuteur le donne (à un héritier), ou que ce soit le défunt lui-même qui le remet à cet héritier, les deux cas sont pareils. Or ce que le défunt donne à l'(héritier) est considéré comme don par legs; et si un legs en faveur d'un héritier n'est pas validé par les autres héritiers, il redevient partie de l'héritage. Il en sera donc de même ici.

• 4175. Si un mourant lègue par testament son cheval en **habs** dans le sentier de Dieu, ou ses armements dans le sentier de Dieu, ou sa copie du Qur'ân en **habs** pour que les gens le lisent, ou une maison pour que les combattants (de passage) y habitent ou qu'elle soit louée, le loyer en étant (dépensé) dans le sentier de Dieu, ou une terre pour qu'on la cultive et que les revenus en soient (dépensés) dans le sentier de Dieu, ou s'il fait un testament pour qu'on fasse de son esclave un **waqf** dans le sentier de Dieu, ou que cet esclave serve (gratuitement) les soldats, ou même à titre

---

(1) Le mot "que" (الا) manque à l'éd.

d'engagé pour un salaire, le salaire étant dépensé dans le sentier de Dieu, ou (s'il fait un testament) pour toute autre chose qu'un homme puisse faire pour se rapprocher de Dieu, ou encore s'il fait **habs** d'une hache, d'un pic-hache (**qadûm**), d'un pot à provision de voyage, d'une chaudière (**tinjîr**), ou d'un **chafra** (rasoir ou tranchet)— tout cela est chose valide[1].

comm. C'est là l'avis de Chaibânî, pourvu que la (valeur) de ces objets ne pas le tiers des biens laissés par le défunt. Toutefois selon Abû Yûsuf, le **habs** est valide quand il s'agit d'une maison ou d'un terrain; et quant aux choses meubles, leur **habs**
2104 n'est valide que pour les bêtes de guerre et pour les armements. * Quant à Abû Hanîfa selon lui le **habs** est nul, que ce soit pour les meubles ou les immeubles; et seuls les revenus sont valides (pour qu'on en constitue une dotation pieuse); par exemple, si l'on ordonne par testament que les revenus d'un esclave, d'une maison ou d'un terrain soient dépensés dans le sentier de Dieu, ce sera valide, et on les dépensera pour les pauvres (participants à la guerre) dans le sentier de Dieu. Et quant à Chaibânî, il autorise à faire un **waqf** (dotation pieuse des immeubles), soit quand on est en vie, soit aussi bien après la mort (par testament), pour toute chose de rapprochement avec Dieu; et de même le **habs**[2] (dotation pieuse des meubles) dans le sentier de Dieu, car le sens du rapprochement avec Dieu s'y trouve. L'indice de (la validité de la dotation pieuse d'un meuble) est dans le récit que Hafşa (femme du Prophète) avait placé dans le sentier de Dieu (**sabbalat**) sa copie du Qur'ân. Quant à Abû Yûsuf, selon lui la loi est que, comme le **waqf** des meubles (وقف المنقول) est nul, le **habs** des meubles (حبس المنقول) dans le sentier de Dieu l'est également. Le raisonnement analogique dit que le **waqf** des terrains (وقف الأراضى)[3] ne soit pas valide, car ainsi le titre de propriété est figé (rendu statique), sans qu'il y ait titre de propriété pour personne. Seulement la législation (de la part du Prophète) a figé notre titre de propriété sur les mosquées, à cause d'un acte de piété où il y a une utilité qui nous revient à nous-même, dans le sens de la récompense divine. Voilà pourquoi nous déclarons valide tout acte semblable à propos du **waqf** des terrains aussi, car les terrains sont du même genre que les mosquées, étant donné que qu'ils subsistent et leur utilité est comme celle des mosquées. Au contraire, dans les biens meubles il n'y a pas possibilité d'en instituer une (dotation pieuse) qui constitue un rapporchement avec Dieu en tant que chose commandée par Dieu (comme c'est le cas de la construction des mosquées), sauf le rapprochement qu'on recherche en donnant titre de propriété sur quelque chose de meuble à un besogneux. De même donc on n'a pas la faculté d'imposer un acte de rapprochement avec Dieu, sauf en donnant un titre depropriété (à un pauvre), vu que ce qu'un homme impose n'est considéré comme valide que si Dieu l'a imposé. Quant à Abû Hanîfa, comme il n'autorise pas qu'on fasse le **waqf** et le **habs** de son vivant, il n'autorise pas non plus qu'on les fasse par testament à effet **post mortem**, à la seule exception des cas dont

(1) Dans ce passage les termes habs et Waqf semblent avoir été employés comme des synonymes. Voir plus bas.

(2) Dans cette phrase, **Waqf** et **habs** sont distingués.

(3) Ici la distinction entre ces deux termes est très nette.

la validité est attestée par la Loi (divine). En effet si quelqu'un ordonne par testament qu'on dépense les revenus de son jardin pour * un pauvre, c'est chose 2105
valide, étant donné qu'on lui donne un titre de propriété sur eux. De même si quelqu'un fait **habs** de ses terres, de son esclave ou de sa maison pour que les revenus en soient dépensés dans le sentier de Dieu, ce sera valide, vu qu'il y a (dans cette dotation) le sens de: donner le titre de propriété (à un pauvre), en sorte que ses revenus sont dépensés pour ceux des combattants qui ont besoin. Donc ce (don) deviendra la propriété de celui qui le recevra, et il pourra en faire ce qu'il voudra. Au contraire toute chose dans laquelle il n'y a pas le sens de donner le titre de propriété, mais seulement l'usufruit de quelque chose —comme habiter dans une maison, monter sur un cheval, lire une copie du Qur'ân, porter un armement, profiter du service d'un esclave— pour ces (usufruits) il n'y a aucune autorité pour leur validité dans la Loi (divine), car il s'agit de réserver l'usufruit pour des personnes indéterminées. Ainsi, ordonner par testament que ses esclaves rendent service à des gens indéterminés n'est pas valide; mais la même chose en faveur de gens déterminés est valide. Or ici, on fait **habs** en faveur de gens indéterminés, donc ce **habs** n'est pas valide. Le point à hoter est que, s'il n'y a pas octroi du titre de propriété sur une chose, cela ne constitue pas une **ṣadaqa**.

Ne vois-tu pas qu'en cet (usufruit) peut entrer un riche comme un pauvre s'il est légué à des gens indéterminés?(1)

Si quelqu'un prend un cheval sur ce qui est un **habs**, afin de le monter dans le sentier de Dieu, les frais de son entretien lui incomberont jusqu'à ce qu'il le rende.

comm. Car il jouit de l'usufruit. Or les frais d'entretien incombent à celui qui jouit de l'usufruit.

Ne vois-tu pas que si quelqu'un lègue le service de son esclave à quelqu'un, les frais d'entretien de l'esclave incombent au testataire, tant qu'il jouit du service?

Car c'est lui qui jouit de cet (esclave). A supposer que ce (testataire) ait emprunté le cheval à son maître, du vivant de celui-ci, les frais d'entretien incombent à l'emprunteur; il en est donc de même si un combattant(obtient un cheval du **habs**): les frais d'entretien lui incomberont.

suite: * De même si quelqu'un fait **waqf** d'armements dans le sentier de Dieu, 2106
légués dans la limite prescrite du tiers des biens, les frais d'entretien (**litt.** conservation et réparation) en incombent à celui qui les prend, jusqu'à ce qu'il les rende.

comm. La raison en est celle que nous avons dite, à savoir que c'est cet

(1) Mais si le testament exclut expressément les riches, sans que les pauvres soient des individus déterminés, cette objection ne tiendra pas. En tout cas, c'est l'avis individuel d'Abu Hanifa, qui n'est pas partagé par même ses élèves immédiats.

homme qui jouit de l'usufruit de ces armements tant qu'il ne les a pas rendus. Et si ensuite quelqu'un d'autre les prend, alors les frais incomberont à cet autre individu.

• 4176. Si l'exécuteur testamentaire prend le cheval (légué) pour sa propre monture et les armements pour s'en armer lui-même, il n'y a pas à lui en faire grief, pourvu que cet exécuteur ne soit pas un héritier (du testateur).

comm. Car dans le texte du testament il n'y a rien pour exclure l'exécuteur testamentaire de (profiter de) ce testament. Donc cette parole-là et cette autre parole-là et cette autre parole du testateur: "Place mon cheval et mes armements dans le sentier de Dieu où tu veux" seront égales.

suite: Il ne faut pas donner ce (legs) à un héritier du défunt, sauf si tous les (autres) héritiers —et ceux-ci doivent être majeurs— y consentent.

comm. Car il s'agit là d'un bénéfice qui serait légué à un héritier. Or il n'est pas permis de léguer (même) un bénéfice à un héritier légal, sauf quand les (autres) héritiers l'autorisent.

• 4177. A supposer que l'exécuteur donne ce (cheval en legs) à un héritier sans le consentement des autres, puis que ce cheval s'épuise chez cet (héritier), les autres héritiers auront la faculté de se faire dédommager de la valeur du cheval, soit par l'exécuteur —qui a remis le cheval (à cet héritier)— soit par l'héritier qui l'a pris pour monture.

comm. Car l'exécuteur est un transgresseur de (le lui) avoir remis; et de même l'héritier est transgresseur d'en avoir obtenu possession. Donc chacun est susceptiable d'être redevable des dommages, à cause de sa transgression cela à l'instar de ce que nous avons dit à propos de l'usurpateur, de l'usurpateur- sur-l'usurpateur, et de celui qui emprunte à l'usurpateur la chose usurpée.

Puis, quelque soit celui des deux qui aura dédommagé de la valeur (du cheval), le juge donnera l'ordre qu'on achéte avec cela un autre cheval pour le faire **habs** dans le sentier de Dieu.

2107 **suite:** * Car ces (dommages) constituent la contrevaleur du cheval. Il faut donc les dépenser à (acheter) un autre cheval, pour remplacer l'original, afin que la **ṣadaqa** faite par l'auteur de la dotation pieuse (**waqf**) ne soit pas perdue (**litt.** coupée, c.-à-d. prématurément).

Si l'héritier dédommage de la valeur, puis qu'il veuille la récupérer sur l'exécuteur, il n'en aura pas la faculté.

comm. Car le cheval a périt (**litt.** s'est épuisé) par son acte et par son tort. Il ne pourra donc pas charger quelqu'un d'autre des dommages. C'est comme le cas de l'usurpateur-sur-l'usurpateur, ou de celui qui emprunte à l'usurpateur (la chose usurpée): s'il dédommage. Il ne pourra en charger personne d'autre.

suite: Au contraire si l'exécuteur a dédommagé, puis qu'il veuille récupérer la valeur sur l'héritier (qui a été la cause de la perte du legs), il en aura la faculté.

comm. Car s'il paie les dommages (du cheval), il obtient le titre de propriété sur lui et, par conséquent, il peut en récupérer (la valeur) sur l'(héritier); comme nous l'avons dit à propos de l'usurpateur: si celui-ci paie les dommages, il les récupérera sur l'usurpateur-sur-l'usurpateur. Si l'on disait: "Mais pourquoi ne pas considérer ce cas comme celui d'un usurpateur qui fait don de la chose usurpée à quelqu'un qui ensuite détruit cet objet? Car dans ce cas, si l'usurpateur dédommage, il n'a pas la faculté de récupérer quoi que ce soit sur le donataire". Nous dirions: C'est parce que si un usurpateur fait don[1] (d'une chose usurpée) ou la prête, il entend par là que ce bienfait (**şila**) provient de lui et non de quelqu'un d'autre (=du propritétaire de droit). Donc dès qu'il obtient titre de propriété sur cet objet (usurpé) et en payant les dommages, il parachève son bienfait et, par conséquent, il ne peut pas en récupérer quoi que ce soit. Dans le cas présent, au contraire, l'(exécuteur testamentaire) prête (le cheval à l'héritier) en tant que bienfait de la part du défunt, et non de sa part à lui. Puis quand l'(exécuteur) paie les dommages, ce bienfait ne se parachève pas (de sa part, mais toujours de la part du défunt). Et la chose devient comme si l'(héritier) en obtenait possession sans droit et dans l'autorisation du propriétaire (qui est, maintenant, l'exécuteur). Voilà pourquoi l'(exécuteur) pourra récupérer (la valeur) sur l'(héritier). Un autre exemple du même genre est le suivant: Si quelqu'un contraint un homme à faire don de ses biens à quelqu'un d'autre, et que cet homme le fasse: si le contraignant dédommage le propriétaire, il pourra récupérer les biens sur le donataire, pour la raison que nous avons évoquée, à savoir que cet (homme, le contraignant) n'a pas voulu que le don soit de sa part, mais de la part du propriété sur ce ("don"), ce ne sera plus le don de l'ancien propriétaire et, par conséquent, il pourra le récupérer. Il en sera donc de même ici.

• 4178. * (Chaibânî) dit: Si quelqu'un lègue son esclave comme **waqf** dans le 2108
sentier de Dieu, dans la mesure où la valeur de cet esclave ne dépasse pas la valeur du tiers préscrit des biens de cet homme, le but étant que cet esclave soigne les blessés —s'il est medecin— ou donne à boire aux combattants dans le sentier de Dieu, ou qu'on loue cet esclave pour en dépenser les revenus (**ghalla**) dans le sentier de Dieu, tout cela est valide.

comm. (Ce sera ainsi) selon Chaibânî, comme nous l'avons dit, à savoir que c'est là un acte pour la recherche du rapprochement avec Dieu. Quant aux revenus (du travail de l'esclave), on les dépensera pour les combattants dans le sentier de Dieu, étant donné que les revenus constituent ici une **şadaqa** (charité), cependant que la **şadaqa** est destinée aux pauvres à l'exclusion des riches. Mais de l'eau, on en donnra à boire à ceux des combattants qui en demandent, et cela sans distinction de riches et de pauvres. De même l'(esclave légué) rendra service aux combattants demandant son service, qu'ils soient riches ou pauvres. La raison en est qu'il ne s'agit pas ici d'une **şadaqa** sur laquelle on donnerait le titre de propriété à quelqu'un, mais dont on donne à tout le monde l'autorisation d'avoir l'usufruit. Or tout ce dont

(1) Ainsi وصب dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: عصب

on donne ainsi licence (=liberté d'usage) profite également et au riche et au pauvre. Par exemple l'eau potable qu'on place sur la route: il est licite d'en boire aussi bien au riche qu'au pauvre. De même, il est licite à un riche de boire de l'eau d'un ruisseau ou d'un bassain appartenant à quelqu'un d'autre (sans demander préalablement l'autorisation), et cela est licite aussi à un pauvre. Certes le mieux serait que ce (service de l'esclave en legs) soit pour le pauvre-besogneux, étant donné que le riche en est au large, car il peut acheter un esclave qui lui rende le service nécessaire; au contraire un pauvre ne peut pas en être au large. Voilà pourquoi il serait préférable que cet (esclave légué) rende service au (pauvre).

• 4179. Si un homme (**litt.** un défunt) déclare ses bêtes de guerre, ses armements ou tout autre objet, dont je t'ai parlé, comme **habs** dans le sentier de Dieu, et si cet acte a lieu quand il est encore en vie et en pleine santé, c'est chose nulle, au point que si par la suite il meurt, cet (objet de **habs**) constituera son héritage, selon l'avis d'Abû Hanîfa.

comm. Car selon lui tout **waqf** est nul, sauf par testament et à condition que la chose léguée consiste en des revenus (d'un objet et non en l'objet lui-même). Or ce (préalable) manque ici. Quant à Abû Yûsuf, il n'autorise pas le **waqf** des choses meubles sauf en ce qui concerne les bêtes de guerre et les armements. Or l'objet du **habs** ici comporte bêtes de guerre et armements. Donc selon ces deux maîtres juristes (Abû Yûsuf et Chaibânî) ce (**habs**) est valide.

2109 * Chaibânî dit en outre qu'il y a, pour celui qui fait le **habs** de son vivant, une condition indispensable: qu'il fasse sortir l'objet de sa main possédante, en le remattant en la main de quelqu'un d'autre, afin que ce soit ce dernier qui en devienne le gardien (ou administrateur, **qaiyim**).

Selon Abû Yûsuf ce n'est pas une condition indispensable, mais il suffit que l'(auteur du **habs**) le fasse attester par des témoins. L'argument d'Abû Yûsuf est que le gardien (du **habs**) en obtient possession par ordre de l'(auteur du **habs**) et, par conséquent, la main du gardien est comme la main de l'auteur du **habs** (**wâqif** dans le texte); et si c'est ainsi (**litti.** si sa main est comme la main de l'autre), alors il n'y a pas d'avantage dans la remise (du **habs** au gardien). De son côté, Chaibânî argumente ainsi:

Nous sommes tous d'accord pour dire que quand quelqu'un désigne sa maison pour être une mosquée, elle ne devient mosquée que quand l'homme autorise les gens à y entrer et à y célébrer les offices. Donc quand il les autorise à y célébrer les offices, la (maison) devient une mosquée, et l'on ne peut pas dire que si les gens y célèbrent l'office par son autorisation, cela doive être comme si le (propriétaire de la maison) y célébrait lui-même les offices (quotidiens, ce qui ne rend pas la maison automatiquement une mosquée). Si on ne peut pas dire cela ici (dans le cas de la mosquée), il en sera donc de même dans l'autre cas (où l'objet du **habs** n'est pas remis en la main d'un gardien).

Une autre raison en est que les biens ne se conservent qu'en la main des gens (chargés de s'en occuper). Il est donc indispensable qu'il y ait en droit un gardien qui

succède à son prédécesseur, et ainsi la conservation (des biens) se perpétue, peu importe de quelle façon on les aient aliénés.

Pas de grief à ce que le gardien, ou son fils, ou son père profite d'un tel (**habs** fait par quelqu'un, de son vivant).

Car s'il l'avait fait sur son lit de mort, il serait loisible pour le gardien d'en profiter, comme nous l'avons déjà dit (IV, 256, 260 etc.). Donc si le (donateur) le fait de son vivant et en pleine santé, ce sera ainsi à plus forte raison.

suite: De même, il est licite pour l'héritier de l'(auteur de ce **habs**) d'en profiter, si le gardien nommé par l'(auteur du **habs**) leur (?lui) en remet l'(objet).

comm. Car ce dont on fait un **habs** de son vivant et en pleine santé n'est pas un legs (pour qu'un hérité en soit exclu).

Ne vois-tu pas qu'on n'y prend pas en considération que la chose soit (ou non) dans la limite prescrite du tiers des biens (du donateur)? De même, on l'exécute avant le paiement des dettes (du défunt, ou plutôt: on ne le reprend pas pour payer ses dettes). En outre, s'il veut annuler ce (**habs**), par la suite, dans sa vie, on ne l'y autorise pas. Et puisqu'il ne s'agit pas d'un legs, les héritiers et les non-héritiers, en cela, sont pareils.

• 4180. Si le gardien meurt pendant la vie de celui qui a fait le **habs** —ou même après— l'affaire (de la gérance) appartiendra à celui que le gardien (défunt) aura nommé.

comm. La raison en est celle-ci: Le (gardien) a été comme tel pendant sa vie (ce qui implique le pouvoir de nommer son propre successeur). Donc celui qui le remplacera sera le gardien après sa mort. (Ne vois-tu pas ceci?) Si l'exécuteur testamentaire meurt en nommant un autre exécuteur, c'est ce deuxième exècuteur qui l'emportera sur tout autre individu.* Il en sera donc de même ici. Le cas d'un 2110
juge du tribunal est le contraire de celui-ci: Si un juge confie[1] par testament sa fonction du juge a quelqu'un et meurt, cet autre ne sera pas juge. La raison en est que le chef de l'Etat qui avait nommé quelqu'un comme juge gardait le privilège de juger les litiges lui-même tout en ayant nommé quelqu'un comme juge, et la fonction ne sortait pas de sa main. L'indice en est que le chef de l'Etat a toujours la faculté de déposer, pendant sa vie, un juge qu'il a nommé, pour le remplacer par un autre juge. Donc si l'autorité reste en faveur du (chef de l'Etat), personne n'a la faculté de nommer un juge sauf par autorisation du chef de l'Etat. Au contraire ici, celui qui a fait un **habs** ne retient plus l'autorité, une fois qu'elle est sortie de sa main.

Ne vois-tu pas que s'il voulait déposer le (gardien) et le remplacer par quelqu'un d'autre, il n'en aurait pas la faculté? Donc si l'autorité repose dans le gardien à l'exclusion de l'auteur du **habs**, c'est également à lui de confier la charge à quelqu'un d'autre (qui soit son successeur).

(1) Coquille dans l'éd, où الوصي , au lieu de القاضي

• 4181. Si le (gardien) meurt sans nommer de successeur, c'est au juge du tribunal de nommer un gardien selon son gré, et cela n'appartient point à l'auteur du **habs**.

comm. C'est là l'avis de Chaibânî. Mais al-Khaşşâf et Hilâl, chacun dans son livre, rapportent (comme étant l'avis d'Abû Hanîfa?) que celui qui a institué le **habs** a la faculté de nommer le remplaçant du (premier gardien). La justification de cet avis-ci est que si le gardien nomme son remplaçant puis qu'il meure, cette nomination du remplaçant sera valide, vu qu'il nomme le remplaçant à cause de l'autorité qui lui est échue de la part de l'auteur du **habs**. Donc s'il est valide à quelqu'un d'autre que l'(auteur du habs) de nommer un remplaçant, à plus forte raison doit-il être valide que l'auteur du **habs** lui-même en nomme un, de son initative. Mais la justification (de l'avis de Chaibânî) est ce que nous venons de mentionner, à savoir que, quand l'homme a fait le **habs** et remis l'objet à la charge du gardien, il fait sortir cet objet aussi bien de son titre de propriété que de sa main possédante, en sorte qu'il est devenu vis-à-vis de cet objet comme n'importe quel autre étranger. Puisque personne d'entre les étrangers n'a la faculté de gérer la chose, l'(auteur du **habs**) ne le pourra pas non plus.

• 4182. A supposer qu'en instituant un **habs**, son auteur stipule que lui-même en sera le gardien, c'est nul juridiquement.

2111 **comm.** * Car quand il stipule qu'il sera lui-même le gardien de ce (**habs**), il ne le fait pas sortir de sa main possédante. Or nous avons mentionné que selon l'avis de Chaibânî, la condition pour la validité d'un **habs** est que la chose sorte de la main de l'(auteur du **habs**) et qu'elle soit remise à quelqu'un d'autre.

• 4183. Toutefois s'il remet la chose à un gardien pour la gérer, et qu'il stipule que si le (gardien) meurt avant l'auteur du **habs**, c'est à de dernier ce nommer à son gré un autre gardien, cette stipulation sera valide.

comm. Car par cette condition il fait sortir la chose de sa main. Donc il faut honorer cette condition (lors de l'aliènation) comme n'importe quelle autre condition, étant donné que les conditions posées par l'auteur d'un **waqf** sont à honorer. En outre, cette condition ne contrariera pas le principe de Chaibânî, car quand l'(auteur du **habs**) fait sortir de sa main la chose, le **waqf** ou le **habs** s'accomplit, et lui-même devient vis-à-vis d'elle comme n'importe quel autre individu parmi les gens. Donc si l'objet (du **habs**) revient en sa main, c'est comme s'il venait en la main de quelqu'un d'autre (par exemple: par la nomination que le gardien ferait de son successeur), et cela n'annule pas le **habs**. Si la chose revenait ainsi en la main de l'(auteur du **habs**), ce serait pareil.

suite: De même si l'(auteur du **habs**) désigne (**litt.** stipule) deux gardiens successifs, cela se fera ainsi, et le premier gardien n'aura pas la faculté de confier la charge à quelqu'un d'autre que celui qui aura été désigné (**litt.** stipulé) par l'auteur du **habs**.

comm. Car sa stipulation sera honorée pour le (=au sujet du) deuxième gardien comme elle l'est pour le premier. On a trouvé des précédents de l'époque

classique (**salaf**) dans le même sens. Et ce qui prouve qu'une telle condition est valide même à propos des princes héritiers et des commandants, c'est ce qu'on rapporte au sujet du Prophète: Celui-ci en effet envoya une expédition et y nomma Zaid ibn Hâritha comme commandant, puis ajouta: S'il est tué, que Ja'far ibn Abî Tâlib lui succède, et si lui aussi (est tué), alors 'Abdallâh ibn Rawâha[1]. Et il arriva exactement ce que le (Prophète) avait (pré)dit. De même, on rapporte que quand Sulaimân ibn 'Abd al-Malik fut sur le lit de mort, il ordonna par testament que son cousin 'Umar ibn 'Abd al-'Azîz lui succédât au califat. Les frères du (calife mourant), Hichâm ibn 'Abd al-Malik et Maslama ibn 'Abd al-Malik le désapprouvèrent. Sulaimân dit alors: "Après ce ('Umar ibn 'Abd al-'Azîz) ce sera un tel[2], et après celui-ci toi ô Hichâm". * Puis il ajouta: "Es-tu content, ô chauve?" 2112
Si une telle stipulation est valable à propos du prince héritier, elle doit être valable à plus forte raison à propos de la fonction (du gardien) en question.

• 4184. Si quelqu'un donne une certaine somme à quelqu'un d'autre et lui dit: "Prends cet argent, et moyennant cela, fais la Lutte dans le sentier de Dieu", ou: "...fais la guerre dans le sentier de Dieu", et que cet autre prenne cet argent pour acheter une bête de guerre et des armements: si par la suite l'une des deux parties meurt et (qu'il y ait contestation) en ce sens que le donateur du bien —s'il est en vie, et ses héritiers, si c'est lui qui est mort— disent: "Le (donateur) ne lui a donné l'argent qu'à titre de prêt, pour lui permettre de participer à la Lutte à titre privé", mais que le bénéficiaire de l'argent —ou ses héritiers— disent: "Le (donateur) le lui a donné à titre de **ṣadaqa** (charité) dans le sentier de Dieu", alors prévaudra la parole du donateur de l'argent, ou celle de ses héritiers (si celui-ci est décédé).

comm. Car la parole du (donateur): "moyennant cela, fais la Lutte dans le sentier de Dieu" lie la Lutte à l'acte du bénéficiaire de l'argent, et non à l'argent, étant donné que celui-ci n'est pas chose à entreprendre la Lutte. Donc si la Lutte est liée à l'acte de ce (bénéféciaire), et non à l'argent, il n'y a pas de motif pour que les biens donnés soient destinés au sentier de Dieu et, par là, qu'ils soinet une **ṣadaqa**. Le résultat est que la parole "prends cet argent" deviendra isolée (sans contexte). Or cette parole est susceptible de deux sens: aussi bien de prêt que de bienfait (**ṣila**[3]). Les deux comportent l'idée de charité (**tabarru'**), mais le prêt est une charité moindre, étant donné qu'il exige une contre-partie (un remboursement) tandis que le bienfait (**ṣila**) n'exige pas de contre-partie. Voilà pourquoi on appliquera (cette parole-là) au minimum, car le minimum est sûre et certain (et le maximum, problématique). Ce sera à l'instar de cet autre cas où quelqu'un marie sa fille et la remet à son époux, accompagnée de quelques biens: si elle meurt, et que l'époux dise: "Les biens constituaient un bienfait en faveur de la (fille), donc ils font partie

---

(1) L'incident eut lieu lors de l'expédition de Mu'ta, contre l'empire byzantin, en l'an 7 H. Pour plus amples détails, voir Hamidullah, **op. cit.**, I, 224-225.

(2) Ce deuxième successeur désigné était Yazîd Ibn 'Abd al-Malik. L'autre désignation, celle de Hichâm, est chose inédite, et les autres sources n'en parlent pas.

(3) L'éd. porte: الصدقة , nous suivons le MS de Beyrouth, conformement au contexte.

de mon héritage", mais que le père dise: "Non, mais je les lui ai prêtés à elle", alors c'est la parole du père qui prévaudra (à moins qu'il y ait la preuve du contraire). Car bien que le prêt soit une charité tout comme un don est une charité, le prêt est une charite moindre et, pour cette raison, c'est à cela qu'on appliquera ces biens. Il en sera donc de même dans le cas en discussion (pour la guerre).

suite: A supposer que le donateur soit en vie, on lui imposera un serment catégorique pour lui faire jurer par Dieu qu'il n'a donné l'argent qu'à titre de prêt;
2113 puis il pourra reprendre son argent. *

comm. Car il jure au sujet de son propre acte, donc il jure categoriquement.

suite: (Si le donateur n'est pas en vie,) on imposera le serment à ses héritiers pour leur faire jurer, (non pas catégoriquement, mais) selon leur connaissance qu'ils ne savent pas que leur parent (le défunt) le lui ait donné à titre de bienfait (**şila**); puis ils reprendront cet argent.

comm. Car les (héritiers) ont à jurer au sujet de l'acte d'autrui. Or quiconque doit jurer pour l'acte d'autrui jure selon sa connaissance (et non pas catégoriquement).

• 4185. A supposer que le donateur et la donataire tombent tous deux d'accord pour confirmer que le donateur a bien donné l'argent, mais n'a eu intention ni de prêt ni d'autre chose, alors on traitera l'argent comme un prêt, et non comme une charité.

La raison en est, comme nous l'avons déjà dit, que le (prêt) constitue la moindre des deux possibilités dans le bienfait; donc on établira ce qui est le moindre jusqu'à ce que le plus soit prouvé (ici, la charité). Cette règle doit être notée, car (Chaibânî) n'en parle qu'ici dans ce livre. Tirant argument de cela (Chaibânî) continue, dans ce livre, et dit:

Ne vois-tu pas ceci? Si quelqu'un donne à un autre une somme d'argent et lui dit: "Fais le pèlerinage moyennant cela", ou: "dépense-le pour toi et tes dépendants", on interprétera cela comme un prêt, à moins qu'il ait eu l'intention de lui faire un bienfait (**şila**). Il en sera donc de même ici.

Si l'homme dit à l'autre: "Prends cet argent, il est à toi dans le sentier de Dieu", puis que la personne qui l'a pris meure avant d'avoir rien acheté avec cela, l'argent sera sien et héritage pour ses héritiers.

comm. Car l'expression "il est à toi" revient à donner le titre de propriété, car la particule arabe (**li**, à) comporte le titre de propriété. Ainsi s'il disait: "Ma maison est **à toi**, tu y habiteras", ce serait donner le titre de propriété. Puis l'autre expression (dans ce don): "dans le sentier de Dieu" signifie: à titre de **şadaqa**. Donc par l'ensemble il veut dire: "Prends cet argent, il est à toi, à titre de **şadaqa**", et l'on ne traitera pas cela comme un prêt.

suite: De même s'il dit: "'rends cet argent pour la guerre dans le sentier de Dieu", ou: "...pour la Lutte dans le sentier de Dieu", on traitera cet argent comme une **şadaqa**.

2114 **comm.** * Car il lie la guerre ou la Lutte à cet argent, et donne au (bénéficiaire)

la directive de la prendre en ce même sens. Cela veut dire que ce donateur assigne son argent (à être dépensé) dans le sentier de Dieu et, par conséquent, ce sera à titre de **ṣadaqa**, étant donné qu'il donne au (bénéficiaire) la directive de le prendre au nom de Dieu. Or tout argent pris au nom de Dieu ne sera qua **ṣadaqa** pour Ses créatures (**litt.** Ses esclaves).

• 4186. Au contraire s'il a dit: "Prends cet argent et moyennant cela fais la guerre pour moi dans le sentier de Dieu", puis que l'une des deux parties meure avant qu'on ait rien acheté avec cet argent (en fait d'équipment militaire), il faudra rendre l'argent au donateur ou à ses héritiers.

comm. Car il a donné la directive à cet autre de faire la guerre pour lui. Or la guerre pour lui ne peut avoir lieu que quand les dépenses (de la participation effective à l'expédition militaire) sont faites sur l'argent du donateur; et que le combattant est son remplaçant pour faire ces dépenses. C'est-à-dire que l'argent continue de rester la propriété du donateur. Puis quand il meurt, sa directive cesse d'exister. On rendra donc l'argent à ses héritiers.

suite: A supposer que le donataire ait acheté avec cet argent des armements et des bêtes de guerre, puis que l'une des deux parties meure, on reprendra tout ce qu'on a acheté avec cela.

comm. Car le (donataire) l'a acheté sur l'ordre du (donateur), étant donné que l'ordre de faire la guerre est l'ordre d'acheter ce qui est nécessaire pour faire la guerre. Donc les achats ont été faits pour celui qui a donné l'ordre, donc ils lui appartiennent. Ne vois-tu pas que si ce (donataire) sortait pour faire la guerre, il remettrait au retour ce qui lui resterait de cet (argent et de ces choses achetées)? Cela indique que les achats ont été faits pour le (donateur).

• 4187. **suite:** Si le (donataire) achète avec cela des choses d'usage courant ou des armements, puis qu'il paraisse bon au donateur de les lui reprendre et de les remettre à quelqu'un d'autre, il en aura la faculté.

comm. Car les choses achetées sont sa propriété. Il lui est donc loisible de les reprendre et de les remettre à quelqu'un d'autre.

• 4188. * Si le donateur dit (au donataire): "Rends-moi mon argent, et garde 2115
pour toi ce que tu as acheté, car je n'en ai pas besoin", il n'en aura pas la faculté, et il ne pourra reprendre que les choses achetées.

comm. Car l'acheteur ici est le délégué du (donateur) pour faire des achats. Donc une fois que l'acheteur à conclu le contrat au nom du (donateur), celui-ci n'a plus la faculté de l'en empêcher (c.-à-d. de désavouer l'achat).

• 4189. * De même si le donataire dit (au donateur): "Je te rends ton argent, et je garde pour moi ce que j'ai acheté", il n'en aura pas la faculté.

comm. Car il n'est que le délégué à l'achat. Or un délégué ne peut soustraire au déléguant ce qu'il a acheté (pour lui).

A supposer que quelqu'un dise à un autre: "Prends cet argent et, moyennant cela, fais la Lutte", ou: "...la guerre", puis que le donataire achete avec cela des

objets d'usage courant ou des armements ou des bêtes de guerre pour les employer dans l'expédition militaire, si le donateur lui dit: “Je t'ai donné l'argent pour me remplacer dans la guerre, rends-moi donc les objets (achetés)”, et si le donataire dit: “Tu l'as donné à titre de bienfait (**şila**) —ou: à titre de prêt— donc tu n'as rien à faire avec ces objets”, c'est la parole du donateur de l'argent qui prévaudra, et celui-ci aura la faculté de reprendre les objets d'usage courant, les armements et les bêtes de guerre (achetés avec cet argent).

comm. Car sa parole: “et,moyennant cela, fais la Lutte” est susceptiable de signifier aussi bien la Lutte faite à titre de remplaçant du donateur que la Lutte faite par le donataire en son propre nom. Puisque la parole est trop concise, c'est à son auteur de donner des détails explicatifs. En outre, ce qu'affirme le donateur n'exige pas l'évanouissement de son titre de propriété sur les biens, tandis que ce qu'affirme le donataire exige l'évanouissement du titre de propriété du (donateur) contre une compensation (=remboursament du prêt) ou même sans compensation (au cas du bienfait). Il affirme donc la plus grave des deux choses (possibles) et, par conséquent, on ne lui ajoutera foi que sur preuve.

• 4190. Si quelqu'un fait de son cheval un **habs** dans le sentier de Dieu, puis qu'il le remette à quelqu'un d'autre en tant que **habs** dans le sentier de Dieu, alors il
2116 lui sera licite de dire à cet autre: “Si tu n'en as plus besoin, * ou quand tu seras sur le point de mourir, remets-le à quelqu'un d'autre en tant que **habs** dans le sentier de Dieu”.

comm. Car c'est ce que stipule le donateur du **habs**; et l'on prend en considération la condition qu'il stipule.

Ne vois-tu pas ceci? Si l'auteur du **waqf** fait sa dotation pieuse en faveur de gens déterminés, à condition que, s'ils n'en ont plus besoin, ils le remettent aux pauvres, uns telle condition de la part de l'auteur d'un **waqf** est valide. Il en sera donc de même ici.

• 4191. Si celui qui a fait de son cheval un **habs** meurt, le cheval ne fera pas partie de ce qu'il a laissé comme héritage, mais restera un **habs** dans le sentier de Dieu.

comm. Car l'évanouissement (du titre du donateur) est ici parachevé, donc la chose ne peut plus constituer son héritage.

• 4192. Si le bénéficiaire (du cheval légué en **habs**) meurt, le (**habs**) ira en faveur de celui à qui ce défunt (premier bénéficiaire) l'aura remis en **habs** ou aura fait un testament pour le lui remettre; et l'auteur (original) du **habs** n'aura aucun possibilité (de le reprendre).

comm. Car la condition (que le premier bénéficiaire peut remettre le **habs** à quelqu'un d'autre) est remplie.

• 4193. Si le bénéficiaire de l'objet légué en **habs** devient au large vis-à-vis de cet objet, —ou s'il abandonne la Lutte— et qu'il rentre chez lui à la maison, il lui

faudra remettre l'(objet du **habs**) à quelqu'un d'autre en tant que **habs**, afin de remplir la condition posée par l'auteur de **habs**. Mais à supposer qu'après avoir remis cet (objet) à quelqu'un d'autre, le premier (bénéficiaire) trouve bon de retourner faire la Lutte et que, pour cette raison, il veuille reprendre (au deuxième bénéficiaire) l'objet du **habs**, il n'en aura pas la faculté.

comm. * Car le premier (bénéficiaire) avait certes la priorité sur le deuxième, 2117
ayant la main possédante sur l'objet, mais quand il l'a remis au deuxième (bénéficiaire), sa main possédante s'est évanouie, la main possédante revenant au deuxième. Donc celui-ci a plus de droit que le premier à le garder.

• 4194. Si le propriétaire du cheval a, (en instituant le **habs**), stipulé au premier (bénéficiaire) que si celui-ci remettait l'objet à quelqu'un d'autre et en avait par la suite besoin de nouveau —ou s'il voulait retourner faire la guerre— il aurait plus de droit à l'(objet du **habs**), cette condition est valide[1].

comm. Car c'est ainsi que le propriétaire du cheval a stipulé. Il faut donc honorer cette condition-ci autant qu'on honore la condition qu'un **waqf**, "fait en faveur des descendants d'un tel, soit, si ceux-ci deviennent au large, atrribué à tel autre, mais que si les descendants (premiers bénéficiaires) en ont de nouveau besoin, ils bénéficient du **waqf** encore une fois": une telle condition est valide, et l'on agira selon celle que l'auteur du **waqf** a imposée. Il en sera donc de même ici.

• 4195. Si quelqu'un fait un **habs** d'un cheval ou un **waqf** d'un terrain, dans le sentier de Dieu, pour une durée de 20 ans, et que par la suite l'objet doive revenir à l'auteur du **habs** ou, en cas de mort, à ses héritiers —ou s'il fait un **habs** en faveur de gens déterminés, à condition que s'ils meurent l'objet du **habs** revienne à l'auteur du **habs**— cette disposition est nulle, et il est loisible à l'(auteur du **habs**) de reprendre l'objet s'il le veut; et s'il meurt, cela fera partie de son héritage.

comm. Car il n'a pas institué un **habs** à perpétuité. Or selon l'avis * de Chaibânî, la perpétuité est la condition **sine qua non** de la validité d'un **waqf**. Pour lui en effet la perpétuité est la condition de la validité parce qu'il s'agit d'une **ṣadaqa** donnée en **waqf:** on la considère donc de la même façon qu'un **ṣadaqa** donnée à quelqu'un en toute propriété. On sait que la **ṣadaqa** donnée en toute propriété n'est pas susceptible d'être provisoire. Il en sera donc de même pour la **ṣadaqa** donnée en **waqf**. Toutefois, selon Abû Yûsuf, un **waqf** est valide aussi bien à titre provisoire qu'à perpétuité, car il ne s'agit que de donner l'usufruit en toute propriété. Puisqu'il est valide de le donner à perpétuité, il est valide à plus forte raison de le donner pour une période limitée.

* Ne vois-tu pas que la location n'est valide que pour une période limitée, et 2118
que la location à perpétuité n'est pas valide? En outre, si la location de perpétuité n'annule pas un **waqf**, la condition de le faire à titre provisoire ne doit pas, à plus forte raison, l'annuler.

---

(1) Ai... [illegible] ...Bayrouht, l'éd. portant: لان هذا الشرط جائز

• 4196. Si quelqu'un fait de son cheval un **habs** à perpétuité dans le sentier de Dieu —ou le donne en **habs** à quelqu'un à condition que, si ce dernier mourait ou devenait au large, il donnerait le (cheval) à un autre homme, sans qu'il revînt à l'auteur (originel) du **habs** ou à ses héritiers,— cette (condition) est valide et correcte.

comm. Car il le fait à perpétuité. Or un **habs** à parpétuité est chose valide.

• 4197. Si le bénéficiaire du **habs** prend possession du cheval, mais qu'il ne parte pas en querre cette année-là et le remette à quelqu'un d'autre à titre de prêt pour aller en guerre (cette année-là), il n'y a pas à lui en faire grief.

comm. Car s'il ne part pas en guerre cette année-là, il est au large (vis-à-vis du cheval donné en **habs**); il a donc la faculté de le remettre à quelqu'un d'autre. Une autre raison en est que ce (bénéficiaire du **habs**) obtient l'usufruit du cheval en toute propriété pour faire la guerre —l'indice en étant que la propriétaire du cheval (auteur du **habs**) n'a pas la faculté de lui reprendre le cheval tant que ce bénéficiaire est en vie et capable de faire la guerre— il lui est donc loisible de donner cet usufruit à quelqu'un d'autre en toute propriété. Ne vois-tu pas que le bénéficiaire d'un **habs** n'a pas moins de droit qu'un simple emprunteur? Or si quelqu'un emprunte un cheval, et s'il n'ya a pas la condition que lui seul doive monter, il a la faculté de le prêter à quelqu'un d'autre. Il en sera donc de même ici.

suite: Toutefois il ne faut pas que le bénéficiaire du **habs** mette ce (cheval) en location.

comm. Car le but du propriétaire du cheval est d'obtenir la récompense divine. Or si quelqu'un fait la guerre en payant la contre-valeur (des choses achetées avec l'argent de l'auteur du **habs**), cet auteur sera privé de la récompense divine à cause de cette contre-valeur (perçue)(1). En outre, ce (premier bénéficiaire) a obtenu propriété de l'usufruit sans contre-valeur; il ne peut donc pas en donner le titre de propriété à quelqu'un d'autre avec contre-valeur.

2119 * Ne vois-tu pas que l'emprunteur a la faculté de prêter, mais non de mettre en location? Il en sera donc de même ici.

• 4198. A supposer que le (premier bénéficiaire) loue quand même ce (cheval) à quelqu'un pour faire la guerre, que le locataire le monte, et que le cheval périsse en sa main, du fait qu'il le montait ou pour une autre cause, si l'on porte le litige devant le juge du tribunal, celui-ci aura la faculté de faire dédommager celui des deux hommes qu'il voudra: s'il le veut, il chargera des dommages le locateur, et s'il le veut il en chargera le locataire.

(1) Mais on peut remarquer que, si l'auteur du **habs** recevait le loyer, le sens de charité cesserait. Ici, il n'est pas responsable de l'agissement de cet intermédiaire "malhonnête". Et la malhonnêteté de ce dernier aussi peut s'en aller si son intention est de fructifier, et de ne pas thésauriser, le capital, et de dépenser le loyer reçu pour la même cause divine.

comm. Car chacun d'eux a transgressé envers le cheval.

• 4199. Toutefois si le (juge) charge des dommages le locateur, celui-ci ne pourra rien récupérer sur le locataire;—

comm. Car dès qu'il paie les dommages, il devient **ab initio** le propriétaire (de ce cheval) et, par conséquent, c'est comme s'il avait loué son propre cheval. Or si quelqu'un loue son cheval, puis que le cheval périsse en la main du locataire, il ne peut pas demander des dommages au locataire. Il en sera donc de même ici;—

suite: Et si le juge charge le locataire (de payer) la valeur, celui-ci récupérera la valuer sur le locateur.

comm. Car la tromperie provient de lui. Or celui qui a été trompé a la faculté de se faire dédommager par le trompeur dans la mesure où il l'a trompé.

suite: Et par la suite le juge achètera, moyennant cette valeur perçue, un autre cheval, et le remattra comme **habs** à celui qui a mis le (premier cheval) en location.

comm. Car le deuxième cheval prend la place du premier. Or si le premier cheval existait en vie, il serait en la main du locateur en tant que **habs**. Donc le deuxième aussi restera chez lui en tant que **habs**.

suite: Toutefois le (juge) l'avertira de ne plus louer ce (cheval).

comm. Car le (locateur du premier cheval) a agit à l'encontre de la loi.

suite: * Donc il appartient au juge de lui donner des conseils pour l'avenir. En 2120
outre le loyer (de la location du premier cheval) grèvera le locataire en faveur du locateur.

comm. Car c'est lui qui a proposé le contrat. Or le loyer va au locateur (**litt.** à celui qui a proposé le contrat, c.-à-d. la location).

Ne vois-tu pas que ce (bénéficiaire du **habs**) ne doit pas se trouver dans une situation pire que celle d'un usurpateur? Or si un usurpateur met en location l'objet usurpé, le loyer va à l'usurpateur (et non au maître d'origine). Il en sera donc de même ici.

suite: Toutefois il ne me plaît pas que ce locateur consomme le loyer, mais plutôt qu'il le dépense en **ṣadaqa** (charité).

comm. Car il l'a gagné par une acquisition ignoble (**khabîth**). Donc la destination d'une telle (acquisition) est la charité, comme c'est aussi la régle pour l'usurpateur.

• 4200. Si quelqu'un d'autre que le bénéficiaire du **habs** tue ce cheval —ou s'il le monte sans autorisation, en sorte que le cheval périsse en sa main,— il sera redevable de dommages, dans le mesure de la valeur, en faveur du bénéficiaire du **habs**; et ce dernier achètera avec cela un autre cheval qui restera chez lui en tant que **habs**.

comm. Car la situation du bénéficiaire du **habs** n'est pas pire que celle d'un dépositaire. Or ce (cheval) était un dépôt chez lui et si quelqu'un l'avait tué, le

dépositaire aurait eu le droit de porter plainte et de réclamer la valeur. Il en sera donc de même ici.

• 4201. A suppoer qu'il y ait deux personnes, dont chacune possède un cheval à titre de **habs:** si chacune livre son cheval à l'autre, à titre d'échange, ce contrat (**litt**. cette condition) sera vicieux, et il ne faut pas que ces parties se le permettent.

Car ce qu'elles stipulent est l'équivalent d'un échenge d'usufruit contre usufruit. Or un échange d'usufruit contre usufruit est une location vicieuse, comme l'est aussi la vente d'un droit d'habiter, contre un (autre) droit d'habiter (une maison).

2121 • 4202. * Le bénéficiaire d'un **habs** n'a la faculté de mettre l'objet du **habs** ni en location valide ni en location vicieuse. Si un des chevaux périt, il faudra dédommager de la valeur, comme nous venons de le décrire.

comm. Car chacun des deux hommes a transgressé (dans un tel contrat d'echange des chevaux du **habs**).

• 4203. A supposer que les deux (chevaux) restent sains et saufs, chacun des deux (locateurs) aura droit au loyer qui convient au cheval que son camarade lui a remis.

comm. Car il s'agit d'un contrat vicieux de location. Or dans une location vicieuse un loyer convenable s'impose. Il faudra que chacun dépense ce loyer en charité (**ṣadaqa**). Mais on ne l'y contraindra pas.

• 4204. Si chacun de ces deux hommes remet inconditionnellement son cheval comme monture à son camarade, puis que chacun fasse la guerre sur le cheval que lui a livré son camarade, il n'y a pas à leur en faire grief.

comm. Car quand il n'y a pas de condition (au titre du contrat d'échange), il ne s'agit pas d'un échange d'usufruit contre usufruit, qui deviendrait un contrat da location; mais on considérera cet (échange) comme un prêt (**i'âra**). Or nous avons mentionné que le bénéficiaire d'un **habs** a la faculté de prêter l'objet du **habs** afin que quelqu'un d'autre s'en serve pour faire la guerre.

• 4205. Si quelqu'un fait ses chevaux un **habs** dans le sentier de Dieu, et qu'il les remette à un délégué pour que ce soit ce dernier qui les distribue entre les combattants lorsqu'ils partent pour la guerre, et s'il ne pose pas la condition qu'on les lui rende (au retour de la guerre), cette (disposition) est valide.

comm. Car il fait qu'effectivement sa main possédante s'évanouisse en faveur de la main du gardien du **habs**. C'est aussi valide que dans le cas du **waqf** d'un terrain ou d'une maison, que l'on remet en la main d'un gardien. C'est valide parce
2122 que la livraison pas a lieu.* Et à ce propos, **Abû Yûsuf** dit que la livraison n'est pas une condition **sine qua non** (de la validité), car l'autre homme est un délégué et ne peut disposer de l'(objet du **habs**) que selon les conditions de la (délégation); sa main possédante est donc comme celle du déléguant et, par conséquent, il n'y a aucune utilité dans la livraison (de l'objet du **habs**). La réponse à cette (objection), nous l'avons déjà donnée (supra IV, 266-7).

suite: Pas de grief à ce que ce (gardien) distribue les (chevaux) entre les combattants sans discrimination de riches et de pauvres.

comm. Car il s'agit ici d'une license d'ordre général (**ibâha**), et non pas de donner un titre de propriété. Or toute charité (**qurba**) faite au nom même d'une license accordée à tout le monde est égale aussi bien pour le riche que pour le pouvre. Comme c'est le cas de l'eau potable (mise à la disposition des passants).

suite: Il en sera de même si[1] quelqu'un désigne un hôtel (**khân**) pour y loger (gratuitement) des voyageurs, ou un cimetière pour y enterrer les Musulmans, alors les riches aussi bien que les pauvres pourront loger dans cet hôtel, et pourront être enterrés dans ce cimetière.

• 4206. Si le gardien (du **habs**) remet un cheval à quelqu'un et lui dit: “Monte-le dans le sentier de Dieu”, le bénéficiaire n'aura pas la faculté de le donner à monter à quelqu'un d'autre.

comm. Car le (délégué) a donné (le cheval) au (bénéficiaire) pour qu'il en profite pendant cette expédition-là et le lui rende ensuite. Le (bénéficiaire) est donc un emprunteur. Or quand il y a, pour l'emprunteur, la condition que lui seul puisse monter (le cheval emprunté), il n'a pas la faculté de le faire monter par quelqu'un d'autre. Il en sera donc de même ici.

• 4207. Au contraire si le (délégué) le lui a donne en disant: “Prends-le dans le sentier de Dieu”, et sans poser la condition que lui seul (le bénéficiaire du don) le monte, alors pas de grief à ce que celui-ci le fasse monter par quelqu'un d'autre de ceux qui combattent dans le sentier de Dieu.

comm. Car le permis (**litt.** le license) est libre et absolu (**mutlaq**). Donc il a la faculté de monter le (cheval) lui-même tout comme de le faire monter par quelqu'un d'autre. Cela à l'instar du cas de l'emprunt d'une bête de monte, quand cet (emprunt) est inconditionnel.

• 4208. * Si le (gardien ou l'auteur du **habs**) donne un cheval à quelqu'un dans 2123
le sentier de Dieu, et un autre cheval à quelqu'un d'autre également dans le sentier de Dieu, puis que les deux (bénéficiaires) se disent l'un à l'autre: “Je te donne mon cheval pour que tu le montes à la guerre, à condition que tu me donnes ton cheval pour que je puisse faire la guerre avec, et si tous deux échangent ainsi leurs chevaux (**litt.** obtiennent) et combattent avec, alors selon le raisonnement analogique ce (contrat) serait nul, au point que si les chevaux périssaient, les deux hommes seraient redevables de dommages. Toutefois selon l'équité le (contrat) est valide, et (en cas de perte) ils ne seront redevables d'aucun dédommagement.

comm. L'argument en faveur du raisonnement analogique est que, quand les deux (soldats) ont stipulé ladite condition, l'affaire est devenue celle d'un échange d'usufruit; et c'est comme un contrat de location, comme si le **habs** (des deux

---

(1) Ainsi: لو dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: أو

chevaux) avait été fait par deux personnes différentes. L'argument en faveur de l'équité à ce même propos est qu'on prend en considération la situation de l'auteur du **habs**. Ainsi cet (échange) ne peut pas être un contrat de location, vu que le (donateur des deux chevaux) est le même, et tous les chevaux sont sa propriété. Si on ne prend pas en considération le point de vue du (propriétaire) parce que son titre de propriété, existe plus sur les chevaux, et si l'on a affaire au gardien des (chevaux), dans ce cas aussi il ne s'agira que d'un seul individu et, par conséquent, l'(échange) n'aura pas un sens de location, vu qu'un homme ne loue pas ses chevaux l'un contre l'autre. Certes si les deux chevaux provenaient de deux hommes différents, il y aurtait un sens de location, étant donné que les usufruits des deux chevaux appartiennent à (proviennent de?) deux propriétaires différents. Dans ce cas ce sera comme une location, et donc ce ne sera pas valide.

• 4209. (Chaibânî) continue: Si les deux (bénéficiaires des chevaux) louent leur chevaux pour quelques dirhams, en sorte que chacun loue son cheval à son camarade pour quelques dirhams, pour qu'il fasse la guerre avec, alors (en cas de perte), les deux hommes seront redevables des dommages.

comm. Car cette location a lieu moyennant un versement de dirhams pris sur leurs biens privés, et non sur les biens du propriétaire des chevaux. Par conséquent, ce sera comme la location qu'un étranger ferait de la propriété de cet homme contre la propriété d'un autre étranger. Il y a là un sens de location.

2124 • 4210. * Le premier délégué auquel on a donné les chevaux n'a la faculté de donner en location aucun de ces chevaux pour qu'on fasse la guerre avec. Et s'il le faisait, il serait redevable de dommages, pour la raison que nous avons évoqué, à savoir que la location annule le sens de récompense divine, alors que l'auteur du **habs** n'a cherché que la récompense divine. Toutefois, si le (gardien) n'a pas quoi subvenir aux frais d'entretien, et qu'il soit d'avis de louer certains[1] de ces (chevaux) à des particuliers, pour autre chose que la Lutte (dans le sentier de Dieu), et cela dans la limite des frais de leur entretien —et pour pouvoir donner les autres chevaux à des gens qui les montent pour faire la guerre, alors il n'y a pas à lui en faire grief.

comm. Car il s'agit d'une nécessité, et le loyer est dépensé pour le bien-être du cheval. Donc cet agissement est plus utile à la bête. Et c'est à l'instar de ce que (Chaibânî) a mentionné dans le chapitre du **Waqf** (cf **Mabsût**, XII, 32): Si quelqu'un fait d'un hôtel (**khân**) un **waqf**, pour (loger gratuitement) les voyageurs de passage, puis qu'on ait besoin de réparation, alors pas de grief à ce que le gardien du **waqf** loue les pièces de l'hôtel, dans la limite des besoins de la réparation. Il en sera donc de même ici.

• 4211. Et pas de grief à ce que le juge du tribunal donne un ordre en ce sens au délégué (de l'auteur du **habs**), étant donné que le juge est le représentant de tous biens préparés pour les Musulmans, comme il est le représentant de tout absent. Pas

(1) Une traduction trop stricte exigerait de dire qu'on mette en location la bête-c.-à-d. pour quelque temps-pour pouvoir donner la même bête par la suite au soldat.

de grief non plus, à ce que le délégué le fasse sans décret du juge, vu que cet agissement est dans l'intérêt de la bête; et le consentement du propriétaire existe implicitement pour tout agissement fait dans l'intérêt de la bête.

comm. Car on ne peut pas conserver l'objet du **habs** si ce n'est en faisant ce qui est nécessaire dans son intérêt.

• 4212. Si l'auteur du **habs**, en remettant la chose entre les mains du délégué qu'il nomme, stipule la condition que celui-ci pourra louer la chose pour se procurer les frais de son entretien, cette (condition) sera valide; et ainsi le délégué sera plus apte à louer (l'objet du **habs**).

comm. * Car il ya ici l'autorisation explicite de mettre en location. Or une 2125
précision explicite est plus forte que ce qui est seulement implicite.

suite: Donc il pourra louer la chose de sa propre initiation, sans demander l'avis du juge du tribunal.

comm. La raison en est celle que nous venons de dire, à savoir que le (délégué) est autorisé par celui-là même qui a institué le **habs**. Le (délégué) n'a donc pas besoin de demander l'avis du juge.

• 4213. Si quelqu'un donne un cheval à un autre homme dans le sentier de Dieu, à condition que si celui-ci venait à être au large —ou s'il mourait— il remette le (cheval) à un autre individu, afin que le **habs** reste à perpétuité, alors selon le raisonnement analogique, ce (bénéficiaire du **habs**) ne pourrait pas monter (ce cheval) en ville pour ses besoins particuliers, mais selon l'équité il pourra le merter, en ville aussi bien qu'alentour, pour assister à un office de prière funéraire, à un cortège funéraire et autres choses semblables.

comm. L'argument en faveur du raisonnement analogique est que le propriétaire (auteur du **habs**) a donné l'autorisation au (bénéeficiaire du **habs**) de monter (le cheval) pour les guerres, et non pour ses besoins particuliers. Il faut donc qu'il ne soit pas autorisé à le monter pour des besoins particuliers, sauf sur autorisation du (propriétaire). Par example si celui-ci a donné le cheval pour la guerre et que le donataire s'en serve pour un voyage privé, ou s'il lui a prêté le cheval aller par une route déterminée et qu'il veuille aller par une autre route, ce ne lui sera pas permis. Il en sera donc de même ici.

comm. Et l'argument en faveur de l'équité, ici, est que de monter le cheval ainsi (**litt**. dans cette quantité) est même utile pour le cheval et ne lui nuit on rien, car il y a des chevaux qui, si on les laisse attachés à l'écurie et si en ne les monte pas, tombent malades, et leur qualité de monture devient mauvaise; au contraire si on les monte de temps à autre, c'est bon pour eux et c'est une espèce d'exercice (**riyâda**). Et l'on considérera que le propriétaire consent à tout ce qui est dans l'intérêt du cheval. En outre si nous disions que de les monter le moindrement en dehors de la guerre est illicite, cela empêcherait les gens d'accepter de tels chevaux. Car personne n'en désirera s'il sait qu'il lui faudra payer les frais de leur entretien en même temps qu'il lui sera interdit de les monter peu ou prou en dehors de la guerre.

2126 * Or ce qui crée des gênes (**litt.** étroitesse) et des complications et qui fait fuir les gens n'a pas de valeur (=son utilité tombe). Une autre raison est que quand le proprietaire fait du (cheval) un **habs**, il sait bien que le (bénéficiaire) aura inéluctablement besoin de le monter pour de menues courses en dehors de la guerre; on considérera donc qu'il consent à ce qu'on monte ce cheval dans une telle mesure en dehors de la guerre. Ainsi ce sera à l'instar d'un esclave qui est autorisé par son propriétaire à mener un commerce alors l'esclave est censé autoritsé à faire de petites charitées, mais pas de grosses charités, même si le propriétaire n'a pas établi cela de façon expresse (**ifşâh**), car cela est indispensable pour les commerçants. Donc on considérera que l'autorisation du propriétaire est impliquée, même si elle n'est pas précisée ni expressément mentionnée. Il en sera donc de même ici.

suite: Toutefois le (bénéficiaire) ne doit pas monter le (cheval) pour aller loin de la ville pour un voyage de toute une journée, ou de deux ou trois jours.

comm. Car cette quantité sera considérée comme beaucoup (trop grande), vu qu'il peut faire ce (voyage) par d'autre moyen que ce cheval (du **habs**). Ce qu'on approuve, c'est qu'il le monte de peu, mais non beaucoup.

• 4214. Au contraire, s'il le monte pour le mener à l'abreuvoir, ou pour lui acheter du fourrage, ou pour toute autre course dans l'intérêt du cheval, alors aucun grief à faire, ni selon le raisonnement analogique ni selon l'équité.

comm. Car l'utilité de le monte alors va à la bête. Il n'y a donc pas à on faire grief ni selon le raisonnement analogique ni selon l'équité.

• 4215. C'est comme quelqu'un qui achète un cheval et y trouve ensuite quelque défaut: s'il le monte pour le mener à l'abreuvoir, ou pour apporter son fourrage, cela n'empêchera pas qu'il le rende à cause de ce défaut.

2127 **comm.** * Car il le monte dans l'intérêt de la bête, et c'est même faire une charité. Il en sera donc de même ici (dans le cas du **habs**). Il faut noter toutefois que (Chaibânî) a diversifié la réponse à ce même propos selon la raisonnement analogique et selon l'équité, quand il en a parlé dans le chapitre de **Buyû‘** ("ventes", cf **Mabsût**, XIII, 99), mais ici il a donné la même réponse aussi bien selon le raisonnement analogique que selon l'équité.

• 4216. A supposer que ce (bénéficiaire) monte le (cheval) en ville ou en dehors de la ville, pour effrayer l'ennemi —ou s'il pense qu'il y a des espions de l'(ennemi) dans les mobillisés (**nafîr**), et qu'il le monte dans le même but (d'effrayer l'ennemi)— alors il n'y a pas à lui en faire grief.

comm. Car le monter ainsi fait partie de la Lutte.

• 4217. De même si le **habs** dans le sentier de Dieu comporte une épée, et si le fait de la ceindre devait l'abîmer ou faire du tort à l'homme ou même au ceintur on (de l'épée), il ne faut pas qu'il la porte à la ceinture.

comm. Car ce serait là pour son propre intérêt (d'ostentation), ce qui n'a rien à faire avec la Lutte.

suite: Mais si le port de l'(épée) ne fait aucun tort à l'(épée ou au ceinture etc.), alors il n'y a pas à en faire grief.

comm. Car c'est un petit bénéfice (que de porter l'épée en dehors de la guerre). Il n'y a donc pas à en faire grief, comme nous avons dit auissi du fait de monter le cheval, quand on le fait peu

• 4218. S'il la porte pour terrifier l'ennemi —ou s'il y a des espions de l'ennemi chez nous, qui épient (ce qui se passe) et qu'il ceigne l'épée ou porte les armements pour effrayer l'ennemi— il y a la faculté de la faire.

comm. Car terrifier l'ennemi fait partie des affaires de la Lutte. Or si l'on emploie des (armements du **habs**) pour l'affaire de la Lutte il n'y a pas à en faire grief.

suite: Si le **habs** dans le sentier de Dieu comporte flèches et arc, il ne me plaît pas que * le (bénéficiaire) s'en serve pour faire des tirs entre deux cibles[1], même 2128
s'il veut ainsi apprendre le tir, ce qui le renforce contre l'ennemi.

comm. Car cet (exercice) abîme les flèches et l'arc. Or tirer sur les deux cibles (dans les deux sens) ne fait pas partie de la Lutte. Et il ne faut pas que le (bénéficiaire du **habs**) l'abîme pour autre chose que l'affaire de la Lutte.

suite: Au contraire s'il monte le cheval du **habs** pour ses affaires privées dans la ville, il n'y a pas à lui en faire grief.

comm. Car cela n'abîme pas le (cheval) mais lui fait même du bien. Certes si le fait de monter le cheval doit lui faire du tort, on empêchera l'homme de la faire, par exemple quand il le monte pour apprendre l'équitation, ou pour faire un voyage privé pendant toute une journée ou plus.

• 4219. Si quelqu'un possède un cheval (d'une dotation pieuse) dans le sentier de Dieu, puis qu'il entende qu'on vend le fourrage meilleur marché ailleur que dans la ville, il faut distinguer: si cet endroit—là fait partie de la ville, ou se trouve près de là dans quelque village, alors pas de grief à ce qu'il y aille;—

comm. Car il s'agit de choses utiles pour la bête. Déjà s'il le monte, en ville, pour ses besoins particuliers, il n'y a pas à lui en faire grief; que penses-tu donc, s'il monte la bête pour le bien de la bête?—

suite: Au contraire, si l'endroit est très loin et s'il faut faire tout un voyage pour y aller, alors il ne me plaît pas qu'il le fasse.

comm. Car ce voyage sur ce (cheval) n'est pas (indisbensablement) nécessaire.
Il ne sera donc pas licite. * 2129

Ne vois-tu pas que si cela lui était licite, il lui serait également licite d'aller dans quelque district (**Kûra**) éloigné de la ville à une distance de dix jours ou plus? Ce serait pire encore.

(1) Il veut sans doute dire par là le simple exercice tout en économisant les flèches et de va-el-vient tirer la flèhe dans un sens, puis tirer la même fleche, à partir de la cible, dans l'autre sens. Il va de soit que la force de l'arc et la pointe de la flèche s'affaiblisse par l'emploi constant.

• 4220. Si les Muselmans se trouvent dans un endroit où il n'y a pas de fourrage, et que pour en chercher, il faille aller à une distance de plusieurs jours, alors pas de grief à ce qu'on monte un tel (cheval) pour aller afin de chercher du fourrage pour la bête.

comm. Car le (voyage jusqu'à cet) endroit fait partie des nécessités. Or les nécessités légalisent même les interdits.

suite: Il n'y a pas non plus à lui faire grief de monter de (cheval) pendant qu'il fait le voyage de retour accompagné du fourrage.

comm. Car s'il lui est permis de le monter lors du voyage d'aller —parce qu'il en a besoin pour conserver la bête— il lui sera permis à plus forte raison de le monter lors du voyage de retour accompagné du forrage, vu qu'il a besoin du fourrage pour conserver la bête ainsi que la charge (du fourrage).

suite: Toutefois il ne faut pas qu'il charge le (cheval) d'une quantité de fourrage qui serait au-dessus de sa capacité, surtout quand l'homme le monte en sus (du fourrage).

comm. Car ce serait détruire la bête.

Ne vois-tu pas que cela ne lui est pas licite même concerant sa bête personnelle? A plus forte raison donc concernant la bête en **habs**.

• 4221. Si quelqu'un reçoit une épée en **habs** dans le sentier de Dieu et qu'elle soit ornée de quelques bijoux, alors il na faut pas qu'il détériore cette décoration.

comm. Car la décoration suit l'épée, et l'épée fait partie du **habs** et non de sa
2130 propriété privée; la décoration aura donc le même statut. * Il ne faut pas en disposer comme en disposerait un propriétaire; mais il doit s'en servir dans l'affaire de la Lutte, avec sa décoration, comme on lui en a donné l'autorisation.

• 4222. Si l'épée a besoin de quelque réparation, la réparation incombe au (bénéficiaire), et il faut qu'il ne détériore pas la décoration.

comm. Car c'est lui qui profite de cette (épée en **habs**), donc les frais d'entretien lui incombe aussi. Comme nous l'avons déjà mentionneé aussi à propos de l'emprunteur (supra IV, 59). Ne vois-tu pas que s'il possédait un cheval en **habs**, et qu'il loue le cheval pour les trouver? Il en sera donc de même ici: la réparation de l'épée lui incombera, et il ne faudra pas qu'il détériore sa décoration.

• 4223. A supposer que quelqu'un remette son épée à son délégué, afin que celui-ci la donne à quelqu'un qui partira dans le sentier de Dieu, et que * le (bénéficiaire) doive la rendre, par la suite, alors non plus le délégué n'a pas la faculté de détériorer la décoration de l'(épée), qu'elle ait été donnée à titre de ṣadaqa ou autrement.

comm. Car on l'a remise au (délégué) pour qu'il la confie à qui fait la guerre, et on ne la lui a pas remise pour en faire une charité. Il ne faut donc pas qu'il transgresse la directive du déléguant.

• 4224. Certes si l'épée ou son fourreau ont besoin de réparation pour être utilisables, et si le délégué voit qu'il faut faire des réparations aux dépens de la décoration, alors il pourra en prendre la quantité nécessaire pour faire des réparation, et laissera le reste jusqu'à ce qu'on en ait besoin une autre fois pour la réparation.

comm. Car ce n'est pas le délégué qui profite de l'épée, pour que les frais de réparation lui incombent. * Donc les réparations seront faites aux dépens de l'épé 2131
elle-même (de sa décoration, tant que l'épée n'est pas donnée en aide à un soldat); et il en sera de même pour un cheval: si le (délégué du **habs**) a des frais d'entretien, il les prendra sur les profits en provenance du cheval lui-même, en sorte qu'il le louera et qu'il dépensera le loyer pour ses frais d'entretien. Il en est de même des terres en **waqf** —(ou plutôt, des maisons)— dont la réparation sera prise sur le montant de leurs revenus. Ici, puisqu'il n'y a pas de revenus (dans le cas de l'épée) si ce n'est sa décoration, on la fera réparer aux dépens de cette décoration.

• 4225. A supposer qu'en voulant enlever (arracher) un peu de la décoration tout se décolle (de l'épée), et que les frais de réparation consomment une partie seulement de cette décoration, alors on apportera la réparation nécessaire à l'épée (aux dépens d'une partie de la décoration) et on gardera le reste, sans le donner en charité, afin que si l'on avait de nouveau besoin de réparation, on fasse la réparation moyennant cela.

comm. Car on n'a pas assigné la décoration (de l'épée) à être dépensée en charité, mais à servir dans la guerre. Donc on ne la dépensera que pour l'affaire de la guerre.

• 4226. Si quelqu'un donne son cheval en **habs** dans le sentier de Dieu et le remet à son délégué pour que celui-ci le donne à quelqu'un qui va sortir dans le sentier de Dieu, et que le cheval fasse une chute ou qu'un défaut l'atteigne, de sorte qu'on ne puisse plus faire la guerre avec, mais qu'on puisse quand même le monter en ville, ou l'employer à tirer une voiture (**'ajala**), alors pas de grief à ce que le délégué le vende et qu'il achète pour le prix un autre cheval avec lequel on puisse faire la guerre.

comm. Car s'il ne le vend pas, le cheval sera perdu (pour la guerre), et la **ṣadaqa** qu'il a voulu instituer par un **habs** cessera d'exister. Le (délégué) a donc la faculté de le remplacer pour que la **ṣadaqa** continue.

suite: La décision du délégué à ce propos est valide sans même l'autorisation du juge.

comm. Car l'(auteur du **habs**) a confié au (délégué) le devoir de tout essayer pour le bien du (**habs**), celui-ci est donc à ce propos comme l'exécuteur testamentaire.

• 4227. * A supposer que le prix de vente de ce cheval n'atteigne pas le 2132
montant nécessaire pour acheter un nouveau cheval capable d'être employé dans la

guerre dans le sentier de Dieu, alors il faut distinguer: si le (délégué) espère trouver un jour un (bon) cheval, qu'il reste en suspens jusqu'à ce qu'il trouve un cheval capable d'être employé dans le guerre dans le sentier de Dieu.

comm. Car cette **ṣadaqa** donne la possibilité d'acheter un cheval. Il faut donc attendre et ne pas fermer définitivement (le **habs**);—

• 4228. Mais s'il sait qu'on ne trouvera point de cheval, parce que le (prix de vente du premier cheval) est trop bas, alors il rendra le cheval (atteint du défaut) à celui-même qui en a fait un **habs** dans le sentier de Dieu, et il ne le dépensera pas en charité pour des pauvres.

comm. Car le (propriétaire) en a fait un **habs** pour qu'on fasse la guerre avec, et non pour qu'on le donne en toute propriété à quelqu'un ou qu'on le dépense en charité.

• 4229. En effet si le (cheval du **habs**) devient tel qu'on ne puisse plus combattre avec, il redevient la propriété de celui qui en avait fait un **habs**. Comme c'est aussi le cas des objets prêtés.

comm. Cela tient au raisonnement de Chaibânî qui dit, à propos de quelqu'un qui a fait de son terrain une mosquée—ou un lieu dont les gens se servent pour les offices des prières (des fêtes): si l'agglomération n'est plus habitée mais que l'endroit serve de champs cultivés et que la mosquée mais que l'endroit serve de champs cultivés et que la mosquée tombe en ruines, il faut distinguer: si l'on espère que le lieu sera de nouveau habité et que les gens y célébreront les offices, alors le terrain ne redevient pas propriété de l'auteur (du **habs**). Mais si on ne s'attend plus à cela, le (terrain) redeviendra propriété (de l'ancien maître), selon l'avis de Chaibânî, de sorte que ce (propriétaire) pourra le reprendre et le vendre, ou l'employer comme champs à cultiver; et s'il meurt, ce sera un héritage pour ses héritiers légaux. La raison en est qu'il a cédé ce terrain pour qu'on y célébre les offices, et non pour qu'on le dépense en charité. Donc le (terrain) redeviendra propriété de (cet ancien maître). Il en sera donc de même quand au cheval (du **habs**). Mais selon l'avis d'Abû Yûsuf, on ne rendra pas le cheval à son (ancient) maître, mais on devra le donner en charité. De même si l'on ne célèbre plus les offices de prière dans une mosquée, elle ne redevient plus propriété (privée). Et Dieu sait mieux.

2133 *** Chapitre (203)**

DES DIMES PERÇUES SUR LES ENNEMIS BELLIGÉRANTS

• 4230. Chaibânî rapporte ceci, en citant la chaîne des narrateurs successifs: Abû Ṣakhra al-Muhâribî nous rapporte, sur l'autorité de Ziyâd ibn Hudair, que celui-ci a dit: le (calife) ʻUmar ibn al-Khattâb m'envoya à ʻAin at-Tamr comme percepteur des douanes (**muṣaddiq**), et me donna l'ordre de prendre de ceux qui célèbrent les offices —c.-à-d. les Musulmans— le quart de la dîme de leurs biens (2

1/2%); et des Dhimmîs, s'ils fréquentent pour les affaires de commerce, la demi-dîme (5%)[1] de leurs biens; et des belligérants la dîme (10%) de leurs biens.

comm. Sache que, voulant suivre * la tradition à ce propos, nous disons que le douanier doit percevoir sur les Musulmans passant par là le quart de la dîme, sur le Dhimmî la demi-dîme, et sur le belligérant la dîme entière. Car c'est la directive que le (calife) ʻUmar donna à son douanier pour percevoir la dîme. Et il le fit en présence des Compagnons du Prophète, aussi bien des Muhâjirûn (mecquois) que des Anṣâr (médinois), et personne ne fit de reproche à cela. Et ainsi (sa directive) tient lieu d'un consensus. Il y a un autre récit qui va dans le même sens, et qui dit que (le calife) ʻUmar envoya Anas ibn Mâlik comme percepteur des dîmes; et Anas de réagir: "O Commandeur des Croyants! De toutes tes fonctions, sera-ce pour celle du **maks** (nom péjoratif de la douane) que tu me nommeras?" ʻUmar répondit: "Je te nomme pour la fonction même pour laquelle le Prophète m'avait nommé. En effet il m'avait chargé des affaires de dîme et m'avait donné l'ordre * de percevoir du 2134
Musulman le quart de la dîme, du Dhimmî la demi-dîme, et du belligérant (ennemi venu sous sauf-conduit) la dîme entière". Ici, il attribue cette règle au Prophète lui-même. Il est de notre devoir de la suivre.

• 4231. Sache que le percepteur des dîmes (**ʻâjir**) est un fonctionnaire que (le calife) ʻUmar avait nommé à un poste frontalier entre les Musulmans et les mécréants, en lui donnant comme instructions de percevoir (la taxe) sur tout passant qui n'avait pas déjà payé l'impôt (**zakât**) sur les biens (en sa compagnie), et en prélevant le salaire de ce fontionnaire sur ces mêmes (taxes douanières).

comm. On l'appelle "percepteur des dîmes" parce que ce qu'il perçoit joue (en général) sur la dîme. ʻUmar a établi ce droit de perception au moyen du percepteur des dîmes, parce que ces biens (des commerçants) jouissent de la protection et du soin (**riʻâya**) du chef de l'Etat Musulman. Le chef de l'Etat y a donc droit de perception au même titre que sur les troupeaux paissant dans les paturages publics. Le chef de l'Etat a le droit de percevoir sur eux l'impôt (**zakât**) parce qu'ils jouissent de la protection et du soin du chef de l'Etat. Il en sera donc de même ici. Comme on l'a vu, ʻUmar a donné l'ordre de percevoir sur les Musulmans le quart de la dîme. La raison en est que ce qu'on perçoit sur eux fait partie de la zakât (impôt sur les Musulmans); comme le Prophète l'a précisé: **"Sur les biens il n'y a pas de droits (haqq) en dehors de la zakât".** Or la **zakât**, comme on le sait bien, est de l'ordre du quart de la dîme. Et des Dhimmîs, (ʻUmar) donna l'ordre de percevoir la demi-dîme. Car la (douane) fait partie des droits qu'on perçoit aussi bien sur le Musulman que sur le mécréant. Il a donc fallu qu'on perçoive du (Dhimmî) le double de ce qui est

(1) Il n'y a point lieu d'en conclure qu'il y a discrimination entre sujets musulmans et non-musulmans de l'Etat islamique. Il s'agit d'une différence technique pour contrebalancer la situation favorable des Dhimmîs. En effet, chaque Musulman, homme ou femme, est assujetti à 2 1/2% de taxe sur toute épargne thésaurisée pendant tout un an; les non-Musulmans échappent à cela. Tout prêt à intérêt est interdit aux Musulmans, et non aux non-Musulmans. Malgré la douane plus forte, à la longue, c'est le non-Musulman qui est le plus favorisé.

perçu des Musulmans, comme c'est aussi le cas des Chrétiens de la tribu des Taghlib qui, (selon le traité passé avec eux), paient le double d'impôts (**ṣadaqa**)(1). Quant au belligérant, on a donné l'ordre de percevoir sur lui la dîme, car les (belligérants) perçoivent sur nous aussi la dîme. Donc il donna l'ordre de percevoir sur eux la dîme, étant donné que les rapports entre nous et les mécréants se fondent sur la réciprocité (**mujâzât**), et au point que s'ils percevaient sur nous le cinquième (20%), nous percevrions sur eux aussi le cinquième, et s'ils percevaient sur nous la
2135 demi-dîme (5%),* nous aussi percevrions sur eux la demi-dîme, et s'ils ne percevaient rien sur nous, nous non plus ne percevrions rien sur eux. L'indice de cela est en ce récit: Un douanier du (calife) 'Umar écrivit à ce dernier pour demander: "Combien devons-nous percevoir sur les négociants d'entre les ennemis en guerre?" Et lui de poser la question: "Combien perçoivent-ils sur nous?" L'autre répondit: "Ils perçoivent sur nous la dîme". Alors 'Umar: "Prends toi aussi sur eux la dîme". Ainsi ('Umar) fit que les rapports entre nous et eux se fondent sur la réciprocité.

A supposer que nous ne sachions pas combien ils perçoivent sur nous —ou même que nous ne sachions pas s'ils perçoivent sur nous quelque chose ou rien du tout— nous percevrions quand même la dîme. Car il est rapporté sur 'Umar qu'il dit à son douanier: "Percevez sur eux comme ils perçoivent sur nous, et si vous êtes dans l'impossibibilité de savoir (**litt.** si cela vous fait incapacité), alors percevez sur eux la dîme".

Le point, ici, est que le belligérant vis-à-vis d'un Dhimmî se trouve dans le même situation que le Dhimmî vis-à-vis d'un Musulman, car le témoignage d'un belligérant contre un Dhimmî n'est pas admis tandis que le témoignage d'un Dhimmî contre un belligérant est admis (judiciairement), tout comme le témoignage d'un Dhimmî contre un Musulman n'est pas admis mais celui d'un Musulman contre un Dhimmî est admis. De plus, on perçoit (la douane) sur le Dhimmî selon le double du tarif pratiqué pour le Musulman. Et puisqu'on perçoit sur le Dhimmî la demi-dîme, on en percevra la double sur le belligérant, à savoir la dîme.

• 4232. Chaibânî rapporte d'après Jarîr ibn Hâzim ceci: J'ai entendu Anas ibn Sîrîn dire: (Mon **maulà**, patron) Anas ibn Mâlik voulut m'employer à Ubulla (Baṣra, en Irâq). Je dis: De toutes les fonctions, tu veux m'employer pour le maks (douane)?" Lui de répondre: "N'es-tu pas content que je t'emploie pour la même fonction dont 'Umar m'avait chargé moi-même pour les affaires publiques
2136 (administratives)? En effet 'Umar m'employa et me donna l'ordre * de percevoir sur

(1) Les termes **ṣadaqa** et **zakât** sont synonymes. Quant aux Taghlibites, il s'agit des Arabes qui habitaient l'Iraq dès avant l'Islam, et avaient été évangélisés. Lors de la conquête islamique, on leur demanda de payer la capitation, comme tous les autres sujets non-musulmans. Ils ne voulurent pas de cette humiliation, et menacèrent d'émigrer dans le territoire byzantin, si on ne les exemptait pas de la capitation. 'Umar céda sur le point de la capitation, et consentit que les impôts perçus d'eux fussent appelés du même nom que ceux perçus sur les Musulmans, à condition que le tarif fût doublé. C'est-à-dire qu'ils payaient les impôts comme n'importe quel autre Dhimmî, seul la jizya (capitation) fut abolie. Abû Yûsuf (**Kharaj**, p. 68) est particulièrement précis là-dessus, en disant:

على أن يسقط الجزية عن رءوسهم

les Musulmans un dirham par 40 dirhams (de valeur), et sur les Dhimmîs (**ahl al-'ahd**) un dirham par 20 dirhams, et sur les * ennemis en guerre un dirham par 10 dirhams".

comm. Sache que **maks** désigne le travail de douanier, et le **makkâs** c'est le douanier. On l'appelle **makkâs** (étymologiquement: réducteur) parce qu'il réduit (**yanquş**) les biens des gens, en y percevant les dîmes. Le verbe en est **mumâkasa**.

• 4233. Le douanier ne percevra rien sur personne dont les biens n'atteignent pas (la valeur de) 200 dirhams, minimum imposable sur un Musulman (aussi) pour la **zakât**. Quant au Musulman, on ne percevra rien sur lui pour moins de 200 dirhams (de valeur);—

comm. Car c'est le minimum imposable à son sujet, comme on vient de le mentionner; sur moins de 200 dirhams il n'y a pas de **zakât**;—

suite: Quant au Dhimmî, il en est de même (pour le minimum imposable).

comm. Car ce qu'on perçoit sur lui est perçu au nom de l'impôt-**zakât**, même si on ne l'appelle pas du nom de **zakât;** il a donc fallu que le minimum imposable y soit observé. L'indice de cette règle est qu'on percevait la **şadaqa** (terme réservé pour les impôts des Musulmans) sur les Chrétiens des Banû Taghlib, et on ne le percevait sur eux que s'il y avait le minimum imposable. Il en sera donc de même ici.

• 4234. Quant aux belligérants, on ne percevait rien sur eux pour une valeur de moins de 200 dirhams.

comm. Car les (belligérants) ne perçoivent rien sur les négociants musulmans pour une valeur moindre. De même donc nous non plus ne percevons rien sur eux. Certes s'ils percevaient sur nos négociants (des droits de douane) pour toute valeur, petite ou grande, nous aussi percevrions sur eux (une taxe) pour peu de biens comme pour beaucoup. Et tout pouvoir provient de Dieu!

* Chapitre (204) 2137

DE LA JIZYA (CAPITATION)

• 4235. On rapporte d'après Ibrâhîm an-Nakha'î ceci: Si quelqu'un (en fait un paysan) embrasse l'Islam et reste sur sa terre, il devra payer le **kharâj** —(tribut, terme ambivalent signifiant à la fois l'impôt foncier et la capitation, voir plus bas)— et s'il n'y reste plus, il ne lui incombera pas de payer le **kharâj**.

comm. Sache que si le terme **kharâj** veut dire ici **kharâj** de tête (capitation), nous ne sommes pas d'accord, car d'après nous la règle est que, si un mécréant, ressortissant du territoire en trêve (**dâr al-muwâda'a**, le protectorat dont les habitants contractent la paix sur stipulation de payer la capitation au gouvernement islamique), embrasse l'Islam, le **kharâj** de tête tombe de sur lui, peu importe s'il

continue de rester sur son terrain ou s'il émigre vers nous (vers le territoire proprement islamique)(1). Certains savants ont dit que ce **kharâj** (tribut) ne tomberait pas de sur un tel homme, s'il embrassait l'Islam, tant qu'il n'émigrerait pas vers nous. Mais si (an-Nakha'î) entend par le mot **kharâj** l'impôt foncier, c'est notre avis aussi (et nous sommes d'accord avec lui). Car s'il embrasse l'Islam et reste sur son terrain, il en payera l'impôt sous le nom (et selon le tarif de) **kharâj**, et non sous le nom (et selon le tarif de) **'uchr** (dîme)(2). Rien d'autre: on ne perçoit la dîme (**'uchr**) sur une terre, que si ses habitants ont embrassé l'Islam volontairement (pour rattacher leur territoire à l'Etat islamique, sans qu'il y ait eu guerre de conquête).

Selon certains gens(3), un tel homme payera la dîme (de sa récolte) et non pas l'impôt foncier (**kharâj**); et s'il quitte son terrain et émigre en territoire (proprement) islamique, on ne percevra rien sur lui.

'Umar ibn 'Abd al-'Azîz (le savant calife umaiyâd) rapporte le dire de 'Amr ibn al-'Aş (compagnon du Prophète et conquérant de l'Egypte) que voici: En Maghrib (Afrique du Nord) aucune ville n'ouvrit ses portes pacifiquement si ce n'est les trois villes de la région d'Alexandrie: Safartalîs, Kafartîs et Sultâs(4); et si quelqu'un des autres régions embrassait l'Islam, on prenait ses biens mais on le laissait libre; mais si quelqu'un de ces trois endroits embrassait l'Islam, on lui laissait et sa liberté et ses biens.

2138 * Sache que nous ne nous tenons pas à ce récit. Nous disons au contraire que si un Dhimmî embrasse l'Islam, on ne lui prend pas ses biens, mais on le laisse sur sa terre pour qu'il paie l'impôt foncier (**kharâj**), peu importe si son village a été pris de force ou par voie de paix(5). En effet la **dihqâna** (chefesse) de Nahr al-Malik embrassa l'Islâm au temps du (calife) 'Umar. Le (commandant) Sa'd et le (gouverneur) 'Ammâr écrivirent alors à ce sujet au (calife) 'Umar. Celui-ci répondit: "Remets-lui sa terre, et la (dihqâna) en payer le **kharâj** (impôt foncier)". Toute la région verdoyante d'al-Kûfa (**Sawâd al-Kûfa**) fut capturée par l'exercice de la force: Nahr al-Malik ainsi que le reste. Et tout pouvoir provient de Dieu:

(1) Il distingue ici les habitants des protectorats des Dhimmîs ordinaires du territoire islamique. Sur le protectorat, on ne perçoit que le tribut contracté par le traité de paix, et le territoire reste autonome. Des Dhimmîs du territoire islamique, il parlera plus loin.

(2) La dîme est réservée aux Musulmans et comporte un dixième de la récolte; le kharâj peut varier, et son tarif est réglé par le gouvernement, par traité, par décret etc.

(3) Il s'ait peut être d'a-Auzâ'î

(4) L'édition et les MSS n'ont pas vocalisé ces noms, notre transcription n'est donc pas sûre. Dans sa géographie, Yâqût parle de Sultais seulement.

(5) 'Amr ibn al-Aş parle d'un fait particulier, et non d'une règle générale, comme le pense notre commentateur. La région d'Alexandrie s'était rebellée après avoir d'abord accepté l'occupation musulmane, de là la sévérité du traitement. Le commandant musulman semble avoir donné l'ordre que tout village qui résiste doit être réduit en esclavage, avec confiscation des biens; si, malgré la résistance, les individus parmi les habitants des villages occupés par la force, embrassaient l'Islam, le commandant renonçait à la réduction en esclavage. Evidemment il ne s'agit pas là du traitement normal accordé aux vaincus, et il faut distinguer entre la défense patriotique et la défection par des rebelles.

* Chapitre (205) 2139

DES DIMES PERÇUES SUR LES BELLIGÉRANTS, LES MUSULMANS ET LES DHIMMIS

• 4236. Chaibânî rapporte cet avis d'Abû Hanîfa selon lequel, si un belligérant venu sous sauf-conduit passe par un douanier, portant la somme de 200 dirhams ou plus, ou portant une chose de cette valeur, on percevra de lui la dîme quand il passera par le (douanier, **'âjir**), cela à cause du récit (sur le calife 'Umar) que nous avons mentionné, (cf ch 203, IV, 281). A supposer que l'homme dise: "Je suis endetté", ou: "Ce n'est pas à moi", on ne lui ajoutera pas foi, et l'on percevra de lui la dîme.

comm. Car ces affaires se fondent sur la réciprocité (**mujâzât**). Puisque les (ennemis) n'ajoutent pas foi à nos commerçants(1) pour de telles affirmations, nous n'ajoutons donc pas non plus foi à leurs commerçants.

• 4237. Au contraire, si un Dhimmî portant cet argent passe par le douanier, et qu'il dise: "Ce n'est pas à moi", ou: "J'ai des dettes", on ne lui en prendra rien. (N'empêche qu'on demande la preuve).

comm. Car les rapports entre nous et ces (Dhimmîs) ne se fondent pas sur la réciprocité, mais sur la règle de la Loi (**Char'**) et sur celle de l'Islam. Or l'Islam ordonne d'ajouter foi à un Musulman s'il nie l'existence d'une obligation (à payer) des droits sur ses biens. Ne même il faut ajouter foi à un Dhimmî.

suite: De même si un **mukâtab** (esclave en instance de libération sur paiment de sa valeur à son maître) ou un esclave(2) (ordinaire) passe par le (douanier) en portant des biens, on percevra sur lui la dîme.

comm. Car les (ennemis) la perçoivent * sur nos esclaves et nos **mukâtabs**; donc nous la percevons auissi sur leurs esclaves et leurs **mukâtabs**.

• 4238. * Certes si les (ennemis) ne perçoivent pas (la douane) sur nos 2140
esclaves et nos **mukâtabs**, nous ne la percevrons pas non plus sur leurs esclaves ni leurs **mukâtabs**; au contraire s'ils la perçoivent sur nos esclaves et **mukâtabs**, nous la percevrons aussi sur les leurs.

comm. Car on perçoit (cet impôt) moyennant (=comme contrepartie de la sécurité des routes. Or un **mukâtab** a besoin de la sécurité de la route, exactement comme un homme du statut libre. En outre le maître a consenti à ce qu'on perçoive la dîme sur (les biens en compagnie de) son esclave, vu qu'il l'a envoyé chez nous pour le négoce.

(1) Cette précision montre que tout ce chapitre parle des biens commerciaux, en sus du minimum imposable.

(2) Sous-entendu que ces esclaves viennent de l'étranger sous sauf-conduit.

• 4239. Si un belligérant (sous sauf-conduit) passe par le douanier, accompagné d'esclaves, puis qu'il dise: "Ce sont des gens libres", —ou s'il passe en compagnie de jeunes femmes et dit: "Ce sont mes **umm walad** (qui ont donné naissance à mes enfants)",— on lui ajoutera foi et l'on ne percevra pas de lui de dîme (bien qu'on la perçoive sur des esclaves à vendre).

comm. Car s'il a dit la vérité, ces gens sont des gens libres; or il n'y pas de dîme à percevoir sur des gens libres (mais sur leurs biens seulement). Au contraire, s'il a menti, ces gens s'émancipent (sur le champ) à cause de ce qu'il a dit. La raison en est que, si un belligérant émancipe un esclave non-musulman sur le territoire islamique, il y a un consensus pour dire que cette émancipation s'exécute, vu que ce (territoire) n'est pas une terre de domination par la force (mais une terre où la légalité est la règle).

• 4340. Si un belligérant passe, accompagné de marchandises, et dit: "Je ne désire pas en faire du négoce", ou: "Il s'agit des biens d'un orphelin", le douanier percevra quand même sur lui la dîme.

comm. Car les (ennemis) n'ajoutent pas foi à de tels propos de notre part; donc nous non plus n'ajouterons pas foi aux leurs à cet égard.

• 4241. Certes si les (ennemis) ne perçoivent pas (de douane) sur de tels biens, nous n'en percevrons pas non plus sur eux. Mais si nous ne savons pas s'ils en perçoivent on non, alors nous en percevrons quand même.

2141 **comm.** * Car le principe est d'en percevoir, étant donné qu'il s'agit là d'un minimum imposable.

• 4242. Si un belligérant se rend sur le territoire islamique sous sauf-conduit pour faire du négoce, et qu'un douanier ait perçu sur lui la dîme, s'il passe (à l'intérieur du territoire islamique) à un autre poste de douane musulman, on ne percevra plus la dîme sur lui jusqu'à ce que toute une année soit écoulée. Et si cette année-là s'écoule, alors on lui demandera la dîme encore une fois (sur les biens encore restant chez lui).

comm. (On ne la lui demandera pas pendant l'année), car tant qu'il voyage sur le territoire islamique, l'effet de son sauf-conduit dure, et le permis de cette entrée (**litt.** de cette sortie, c.-à-d. envers le territoire islamique) n'expire pas et, par conséquent, l'étranger devient comme un Dhimmî. Or si un Dhimmî passe par un douanier plusieurs fois pendant une année, on ne lui demande la dîme qu'une seule fois. De même donc on ne la percevra pas (plus d'une fois) sur le belligérant (venu sous sauf-conduit). L'indice de cette (règle) est le récit suivant: Un Byzantin passa par un douanier dépendant du (calife) 'Umar, et il avait un cheval valant 20,000 (dirhams). Le douanier voulut le lui acheter pour 18,000, mais le (propriétaire) le refusa. Le (douanier) n'acheta donc pas le cheval, mais perçu seulement la dîme. L'homme passa par ce (même douanier) encore une fois lors du retour, et le douanier voulut percevoir encore une fois la dîme, mais celui-là alla se plaindre devant (le calife) 'Umar, et le trouva dans la mosquée. Il n'entra pas, mais l'appela

en s'arrêtant à la porte, et se fit connaître: “C'est un cheikh chrétien (qui s'adresse à toi)”. ‘Umar répondit: “C'est un cheikh musulman (hanafî, **litt.** appartenant à la religion pure d'Abraham, qui t'écoute)”. Il lui raconta l'histoire, et ‘Umar dit: “Ça te suffit”. Le Chrétien crut que le (calife) ne voulait pas prendre en considération sa plainte, et rentra désespéré; mais quand il passa par le douanier, la lettre de ‘Umar l'avait déjà devancé, donnant la directive de ne plus rien percevoir sur cet homme. Le douanier l'informa de la lettre, et ne perçut plus rien sur lui. Le Chrétien s'étonna de la justice de ‘Umar, et se convertit à l'Islam(1).

• 4243. Si l'(étranger) passe par le douanier musulman et que celui-ci perçoive sur lui la dîme, puis que l'(étranger) rentre le jour même ou le lendemain dans le territoire ennemi, pour revenir avec ces (mêmes) biens sous sauf-conduit, le douanier percevra sur lui la dîme encore une fois.

comm. * Car quand il rentre sur le territoire ennemi, l'effet de son 2142
sauf-conduit prend fin pour cette entrée-là; et quand il revient, c'est par un nouveau sauf-conduit. C'est donc comme s'il venait pour la première fois, ou comme si c'était un autre ennemi que lui-même. Voilà pourquoi on percevra sur lui la dîme chaque fois (qu'il viendra).

• 4244. A supposer qu'il s'agisse d'ennemis (dont le gouvernement) ne perçoit la douane sur les Musulmans qu'une seule fois par an même si ceux-ci entrent et sortent plusieurs fois, ces (étrangers) ne seront non plus assujettis à la dîme qu'une seule fois (par an).

comm. La raison en est celle que nous avons dite, à savoir que les rapports entre nous et eux se fondent sur le réciprocité et la compensation (**mujâzât; mukâfât**)(2).

• 4245. Si un ennemi se rend sous sauf-conduit sur le territoire islamique, et qu'il soit accompagné de vin et de cochons, on demandera la dîme du vin et non celle des cochons: et on demandera qu'il paie la dîme du vin en dirhams (d'argent, et

---

(1) Ici Sarakhsî raconte de mémoire. L'histoire est légèrement différente chez Abû Yûsuf (**Kharâj**, voir trad. française par Fagnan, p. 210-211). On y lit:

"Ziyâd Ibn Hudair avait tendu une corde par dessus l'Euphrate, et un Chrétien qui était passé à sa portée acquitta l'impôt, puis s'éloigna et alla vendre ses marchandises. Ziyâd voulut l'exiger de nouveau quand, à son retour, il repassa devant lui: Et tu vas, dit le Chrétien, me faire payer chaque fois que je passe auprès de toi? -Sans doute!-l'homme gagna alors la Mecque, où il trouva 'Umar en train d'adresser une homélie au peuple et disant... Alors, raconte cet homme, je pris la parole: O Commandeur des Croyants, je suis Chrétien et ai passé près de Ziyâd ibn Hudair, qui m'a fait acquitter l'impôt; je suis allé vendre mes marchandises, puis il a voulu me faire payer de nouveau.- Il n'a le droit, dit le calife, de réclamer l'impôt sur tes biens qu'une fois par an; puis descendant de la chair, il alla écrire une lettre à mon sujet. Après une attente de quelques jours je retournai le voir: C'est moi, lui dis-je, qui suis le cheikh chrétien qui t'a parlé de Ziyad. -Et moi, dit-il, je suis le cheikh musulman (hanafî) qui a réglé ton affaire."

Selon ce récit, l'affaire s'est passée à la Mecque, un vendredi, lors de l'Office, à l'intérieure de la Mosquée de la Ka'ba. Selon certaines autres sources, il s'agissait d'un Chrétien des Banu Taghlib, et non d'un Byznatin, comme dans notre texte.

(2) Dans son **Taisir**, 'Aintâbî dit que, selon les autres sources, c'est là l'opinion de Châfi'i, tandisque Zufar et Abû Yûsuf perçoivent l'impot sur les deux choses.

non 10% du vin). L'(étranger) fera évaluer la (quantité de vin prescrite) et payera au (douanier) la valeur de cette dîme en dirhams. A supposer qu'il n'avait pas de dirhams comptants, on lui donnera l'ordre de vendre suffisamment de vin pour pouvoir payer en dirhams la valeur de la dîme. C'est notre avis, mais selon (notre confrère) Zufar, il n'y a de dîme ni sur le vin ni sur les cochons.

comm. Ce dernier est d'avis que le vin ne constitue pas, pour un Musulman, un bien appréciable; or le douanier est un Musulman. C'est donc comme si l'homme avait passé par lui avec quelque chose qui n'était pas un bien appréciable. Et il en est de même quand on amène un cochon. A ce propos un Dhimmî est comme un Musulman qui passerait par le douanier avec du vin. Une autre raison à cela, c'est que le vin et le cochon ont le même statut en ce qui concerne un Musulman. (Zufar dit): Nous sommes unanimement d'accord pour qu'on ne demande pas la dîme sur le cochon; il en doit être de même quant au vin. Mais —(continue Chaibânî)— notre argument est le récit suivant:

2143 (La calife) 'Umar réunit ses gouverneurs lors du pèlerinage, et leur demand:* "Combien percevez-vous sur les Dhimmîs quand ils passent par vous avec du vin?" Ils répondirent: "La demi-dîme (5%)". 'Umar reprit: "Chargez-les de le vendre eux-mêmes, et per cevez la dîme du prix de vente".

comm. Une autre raison à cela, c'est que le vin est plus près d'être une chose de valeur qu'un cochon, vu que le (vin), au début, est une chose de valeur pour nous, quand il n'est que jus de fruit, et il l'est encore une fois à la fin, quand il se transforme en vinaigre. Au contraire, le cochon n'est pour nous chose de valeur ni au début ni à la fin. Cela étant, l'interdiction du vin est plus légère; il est donc licite de percevoir la dîme sur le vin, mais non sur le cochon. Et il y a encore une raison à cela: Le douanier perçoit (la dîme) sur la valeur du vin cependant que les Musulmans connaissent la valeur du vin car tout Musulman en garde chez lui, aussi bien le pieux que le perver le pieux en garde pour faire du vinaigre, et le pervers pour le boire. Donc si les Musulmans en connaissent la valeur, alors on prendra la dîme sur l'appréciation des Musulmans. Au contraire, aucun Musulman ne possède de cochon. Les Musulmans n'en savent donc pas la valeur; et ne la savent que les mécréants. Or la parole des mécréants contre les Musulmans n'est pas admise, et on ne s'y tient pas. Encore une raison: Le vin est une chose qui à d'autres exemplaires; en principe on doit donc percevoir (en douane) un exemplaire du vin, il est licite au (douanier) de s'en passer de n'en percevoir que la valeur. Au contraire le cochon n'est pas considéré (pour les Musulmans) comme quelque chose qui ait des exemplaires semblables. Donc si son semblable est sa valeur et si l'on acceptait cette valeur, ce serait comme si l'on percevait le cochon lui-même. Or il n'est permis à un Musulman d'avoir titre de propriété ni sur le cochon ni sur sa contrevaleur. Encore une raison: Le vin est considéré (par la loi islamique) comme une chose de valeur, pour les Dhimmîs, et le chef de l'Etat musulman lui accorde une protection valable (**humâya mu'tabara**), puisqu'un Musulman ordinaire y obtient main possédante valable, et, par conséquent, c'est comme si le chef de l'Etat y obtenait main possédante et le prenait sous sa protection. De cette façon le (vin) se confond avec le

reste des biens. Au contraire, le chef de l'Etat ne prend pas sous sa protection valable le cochon, parce qu'un Musulman ordinaire n'y obtient pas main possédante.

* Ne vois-tu pas que si (un Musulman possédait des cochons)_, on ne les 2144
hériterait pas de lui tandis qu'on en hérite le vin?*[1] Donc si un Musulman n'y obtient pas main possédante valable, le chef de l'Etat musulman n'y obtiendra pas non plus la main possédante valable et ne lui accordera aucune protection. Or ce qui n'a pas la protection du (chef), on ne peut pas y percevoir la dîme.

A supposer que les ennemis en guerre ne demandent pas de dîme aux Dhimmîs nos ressortissants quand ceux-ci se rendent chez eux avec du vin ou des cochons, nous n'en percevrons pas non plus sur ces (étrangers) s'ils amènent ces (marchandises chez nous).

La raison en est que le vin et le cochon ne constituent des choses de valeur (biens appréciables) pour personne d'entre les ressoritssants du territoire islamique, excepté les Dhimmîs. Donc si les (ennemis) ne perçoivent pas de dîme sur les Dhimmîs nos ressortissants, cela veut dire qu'ils exemptent de taxes de tels biens concernant les ressortissants du terrioire islamique. Donc nous les exempterons aussi de la dîme pour de telles (marchandises), vu que le douanier leur prend la dîme à titre de réciprocité.

• 4246. Si les (ennemis) ne perçoivent pas la dîme sur les Muslumans quand ceux-ci se rendent chez eux, mais qu'ils perçoivent sur les Dhimmîs, alors nous exigerons d'eux qu'ils payent quand même la dîme qu'ils exigent de (nos) Dhimmîs. Et s'ils perçoivent la dîme sur les Musulmans et ne la perçoivent pas sur les Dhimmîs, dans ce cas aussi nous exigerons d'eux qu'ils payent la dîme.

comm. Car ils n'exemptent aucune des catégories de biens, (pour que nous puissions réciproquer), étant donné que sur chaque catégorie de biens que quelqu'un de nous amène devant leur douanier, ils perçoivent la dîme, et ils ne font qu'exempter une catégorie de nos ressortissants à l'exclusion de l'autre, alors qu'eux-mêmes ne se divisent pas en différentes catégories d'habitants. Puisque nous ne trouvons pas chez eux une catégorie particulière à exempter de la dîme —comme ils en trouvent chez nous— nous continuerons de percevoir la dîme sur toutes les catégories de chez eux. Certes si nous trouvions chez eux aussi deux catégories de ressortissants comme ils trouvent chez nous deux catégories, nous aussi exigerions la dîme sur une catégorie à l'exclusion de l'autre. Par exemple s'ils demandent la dîme aux hommes et en exemptent les femmes, nous aussi percevrons la dîme sur leurs hommes et ne la percevrons pas sur leurs femmes.

* • 4247. Toute dîme perçue sur l'ennemi en guerre sera assimilée au **kharâj** 2145
(tribut et impôt foncier en provenance des Dhimmîs) et sera destinée aux combattants (musulmans), et elle ne sera pas assimilée à la **ṣadaqa** (impôt en provenance des Musulmans) qui est destinée aux pauvres (etc. par le Qur'ân 9/60).

(1) Le passage *_* manque à l'éd., mais se lit dans le MS de Beyrouth: والخمر يورث

comm. Le point, ici, est que la **şadaqa** purifie celui qui la paie; or un mécréant n'a pas ce privilège, pour qu'on puisse déposer la dîme payée par lui, dans la même caisse que les revenus de la **şadaqa.**

• 4248. (Chaibânî) poursuit: Si un Musulman se rend sous sauf-conduit sur le territoire ennemi, en emportant des biens pour faire du négoce —ou s'il n'emporte pas de biens avec lui, mais qu'il fasse du commerce sur le territoire ennemi— et qu'il y gagne de l'argent, et si toute une année passe sur ses épargnes et qu'ensuite il les ramène sur le territoire islamique: s'il passe par le douanier musulman, celui-ci ne percevra rien sur lui.

comm. Car le douanier perçoit la **şadaqa** (ici, impôt sur les épargnes du Musluman) seulement sur les biens qui ont joui de la protection et de la solicitude du chef de l'Etat musulman, en sorte que l'impôt soit le pendant de la protection.

Ne vois-tu pas que quand on passe par le douanier avec des dirhams ou des dinars, celui-ci perçoit la dîme parce que la (monnaie) a besoin de protection, mais on ne demande pas la dîme à cet homme quand il fait du commerce dans la ville, parce qu'il n'a pas besoin de protection?[1] Puisque le chef de l'Etat musulman n'accorde à un tel homme ni protection ni soin sur le territoire ennemi, il ne perçoit donc pas non plus la dîme sur les biens qui n'ont pas joui de sa protection et de son soin là-bas.

Ne vois-tu pas encore ceci? Si quelqu'un se trouve dans un camp de rebelles, et que toute une année passe sur ses épargnes, puis qu'il regagne le camp des Loyalistes, on ne percevra pas l'impôt sur les épargnes pour ce qui s'est passé, vu que pour ces biens-là l'homme n'a pas joui de la protection ou du soin du chef de l'Etat musulman; et pour cette raison on ne percevra donc pas l'impôt sur lui. Il en sera donc de même ici. Une autre raison en est que l'impôt-**zakât** est un droit de Dieu; donc là où la juridiction du chef de l'Etat musulman ne s'exécute pas, on perçoit pas cet (impôt), comme on n'applique pas non plus les autres droits de Dieu
2146 quand la cause en a lieu sur le territoire ennemi, par exemple * la peine due à la fornication, au vol, au brigandage, à la consommation d'alcool (si un Musulman commet ces délits sur le territoire ennemi). Toutefois on recommandera à un tel Musulman de payer l'impôt sur ses épargnes, en tant qu'affaire entre lui et Dieu —sans qu'on l'y oblige (comme ce serait le cas si cela s'était passé sur le territoire islamique)— et s'il ne le fait pas, il aura péché. Car si toute une année passe sur l'épargne imposable d'un Musulman, l'impôt lui incombe; et quand l'obligation est là, on recommande de s'en acquitter, comme c'est aussi le cas de l'office de prière, et du jeûne. Il en est de même dans le cas d'un rebelle: si celui-ci se rend chez les Loyalistes, on lui recommandera de payer l'impôt sur les épargnes du temps passé (dans la juridiction rebelle). Il en sera donc de même ici.

(1) Le raisonnement semble être que, lors du gain et de l'épargne de cet argent, on n'a pas joui de la protection du chef de l'Etat musulman; en outre il faut distinguer entre l'impôt d'importation sur les marchandises commerciales et l'impôt d'épargne sur la somme d'argent thésaurisée depuis un an.

• 4249. La réponse que tu as apprise à propos du touriste musulman qui est allé sous sauf-conduit sur le territoire ennemi est aussi la réponse à propos du prisonnier de guerre s'il y fait du commerce et gagne des biens, et que toute une année passe sur ses biens imposables, puis qu'il passe par le douanier musulman: celui-ci ne percevre pas sur lui la dîme[1].

comm. Toutefois on recommandera à cet homme de payer l'impôt sur ses biens imposables, comme étant une affaire entre lui et son Seigneur (Dieu).

• 4250. La réponse est également la même concernant quelqu'un qui embrasse l'Islam sur le territoire ennemi, quand un an passe sur ses biens imposables en territoire ennemi, et qu'il amène cet (argent) en territoire islamique.

comm. Le douanier musulman ne percevra pas la dîme[2] sur lui. Certes si ce (converti) a appris sur le territoire ennemi qu'il lui faut payer l'impôt sur les épargnes, et qu'un an passe sur ses épargnes après qu'il a appris cette règle, il lui faudra payer l'impôt sur les épargnes, en tant qu'affaire entre lui et Dieu. Et s'il ne sait pas qu'il lui faut payer l'impôt sur ses épargnes, rien ne lui incombera, jusqu'à ce qu'un an passe après qu'il a appris cette règle (islamique).

Car l'impôt-**zakât** fait partie de la Loi islamique, et une loi n'incombe qu'à celui qui l'a entendue. Puisque ce (converti sur le territoire ennemi) n'avait pas appris cette loi islamique (de l'impôt), rien ne lui incombe.

• 4251. Si un ennemi en guerre embrasse l'Islam, et qu'il possède beaucoup de biens * commerciaux ainsi que des troupeaux de bêtes pâturant dans les prairies 2147
publiques, et si, apprenant qu'il lui faut payer l'impôt-**zakât**, il passe six mais —ou plus ou moins— sur le territoire ennemi, puis amène ses biens sur le territoire islamique: si l'année (commencée sur le territoire ennemi) se termine alors qu'il se trouve sur le territoire islamique, alors le douanier (**'âchir**) persevra l'impôt sur ses biens (commerciaux), et l'agent du fisc (**muşaddiq**) percevra l'impôt sur les troupeaux.

comm. Car l'année a commencé (**litt.** s'est formée) déjà sur le territoire ennemi, vu que l'impôt-**zakât** s'impose aussi sur le territoire ennemi.

Ne vois-tu pas qu'on recommancera à un tel homme de payer (l'impôt), et s'il ne paye pas, il commettra un péché? Donc la cause de l'obligation existait déjà sur le territoire ennemi, mais l'obligation effective a lieu sur le territoire islamique. Puisqu'on prend en considération l'obligation effective, et que, lors de l'obligation effective, cet homme se trouve sous la protection du chef de l'Etat musulman, qu'il est son sujet et se trouve dans un endroit où la juridiction du chef de l'Etat musulman s'exerce, on percevra sur lui la dîme (**lire:** l'impôt).

Ne vois-tu pas ceci? Si les épargnes de quelqu'un atteignent le minimum

---

(1-2) L'emploi du terme "dîme" ici est dans le sens d'impôt, sans rapport avec la quantité de 10%; sur les épargnes et les marchandises il payera 2 1/2%, sur les troupeaux encore moins.

imposable (**niṣâb**) et que l'année commence (pour le calcul de l'impôt), puis que, quelque temps après, les épargnes tombent au-dessous du minimum imposable, mais que, lors de la fin de l'année, elles remettent encore une fois au niveau imposable, alors il doit payer la **zakât**. En effet on prend en considération la situation lors de la fin de l'année, et l'on ne prend pas en considération la chute survenue pendant l'année fiscale. De la même façon, on ne prend pas en considération le fait que pendant une partie de l'année fiscale ses biens sont restés sur le territoire ennemi, mais on prend en considération sa situation à la fin de l'année (fiscale). La réponse sera la même à propos d'un (Musulman) prisonnier de guerre—ou d'un touriste qui est allé (chez les ennemis) sous sauf-conduit: quand il amène ses épargnes sur le territoire islamique et que l'année fiscale se termine alors que l'homme est sur le territoire islamique, dans ce cas on percevra sur lui la **zakât** de cette année-là.

• 4252. Si un Musulman ou un Dhimmî passe par le douanier musulman, en emportant de l'argent en dirhams ou en dinars, et qu'il veuille entrer sur le territoire
2148 ennemi * pour faire du commerce, s'il dit au douanier: “Je n'ai que depuis six mois la quantité d'argent imposable, et toute une année n'a pas passé sur cet argent, le douanier lui ajoutera foi et ne percevra pas sur lui la dîme (**lire:** impôt).

comm. Car il nie que des droits pèsent sur ses biens. Donc c'est sa parole qui prévaudra.

• 4253. A supposer que cet homme entre sur le territoire ennemi, effectue ventes et achats et qu'ainsi l'année fiscale se termine pour ses biens, au moment où il se trouve sur le territoire ennemi: si par la suite, il ramène ses biens sur le territoire islamique et qu'il passe par un douanier,* on ne percevra pas sur lui la dîme (**lire:** impôt) du délai passé.

comm. Car l'année fiscale s'est achevée alors qu'il se trouvait sur le territoire ennemi; or l'impôt ne devient obligatoire qu'au moment où l'année se termine. Donc si au moment où l'acquittement de l'impôt devient obligatoire, les biens ne se trouvaient pas dans un endroit où la juridiction du chef de l'Etat musulman s'exerce, le chef de l'Etat ne perçoit pas l'impôt.

• 4254. Au contraire si quelqu'un acquiert en territoire islamique une somme imposable, puis qu'il passe toute l'année sur le territoire ennemi, sauf un jour ou deux: si ensuite il revient en pays islamique et que là, l'année fiscale s'écoule et qu'ensuite il passe par le douanier, celui-ci percevra la dîme (**lire:** impôt).

comm. Car au moment où l'acquittement de l'impôt devient obligatoire, les biens se trouvent sous la protection du chef de l'Etat musulman et dans un endroit où la juridiction de ce (chef) s'exerce; celui-ci a donc le droit de perception.

• 4255. Si un ennemi venu sous sauf-conduit sur le territoire islamique —ou un Dhimmî ou même un Musulman— passe par un douanier avec des biens et qu'il les lui cache après toute une année passée (en territoire islamique), puis qu'il passe encore par le douanier et les lui cache après une deuxième année achevée, et
2149 qu'ensuite il passe * par le douanier encore une fois alors qu'une troisième année

s'est écoulée, si le douanier apprend la (fraude) qu'il a fait aupravant, il percevra l'impôt des trois années (trois impôts).

comm. Car le douanier avait le droit de perception lors de chaque passage, vu que l'impôt était devenu obligatoire sur ses biens, en territoire islamique. Or quand une fois un droit est établi, il n'est annulé ni par un retard ni par la dissimulation.

• 4256. Toutefois si, dans ce cas, l'ennemi (venu sous sauf-conduit) est entré sur le territoire ennemi à chacune de ces trois occasions avant qu'on ait pu percevoir l'impôt sur lui, et s'il revient, alors il ne faut pas que le douanier perçoive l'impôt si ce n'est pour cette troisième fois, pour cette troisième année fiscale.

comm. Car à chaque fois que l'homme est entré sur le territoire ennemi, les lois islamiques ont cessé de s'appliquer à lui, et son sauf-conduit aussi s'est évanoui, de sorte qu'il est redevenu comme n'importe quel autre ennemi qui vient (chez nous sous sauf-conduit **ab initio**), quand il est venu la deuxième et la troisième fois. Ne vois tu pas ceci? Si le douanier perçoit sur lui la dîme, puis que cet (ennemi) entre sur le territoire ennemi pour revenir (chez nous) le jour même: s'il passe par le douanier musulman, celui-ci percevra sur lui encore une fois la dîme. En effet tout comme son entrée dans le territoire ennemi annule le droit (**litt**. dîme) qu'il avait vis-à-vis des Musulmans, ainsi, devenant lui-même comme un autre ennemi en guerre qui arriverait (sous sauf-conduit), son entrée dans le territoire ennemi annule aussi le (droit) que les Musulmans avaient vis-à-vis de lui, (=qu'il se comporte pacifiquement et obéisse à la juridiction musulmane, etc.), et il devient à chaque arrivée, comme tout autre ennemi en guerre qui arriverait (en territoire islamique).

• 4257. Si un ennemi venu sous sauf-conduit[(1)], et aussi un Musulman, et un Dhimmî, restent (voyager) pendant trois années de suite sur le territoire islamique, occupés de commerce mais sans passer par un douanier (**'âchir**), puis qu'il passent
par un douanier * après l'écoulement de la troisième année fiscale, pour informer (le 2150
douanier) du fait qu'ils n'ont pas payé l'impôt depuis trois ans: (les non-Musulmans parlant de leurs impôts) et le Musulman parlant de sa **zakât**, alors le douanier percevra sur ce (Musulman) la **zakât** de cette seule troisième année et ne percevra rien pour les deux années précédentes[(2)].

Car le douanier ne perçoit l'impôt (ici, **zakât** commercial) que sur les biens qui se trouvent sur le territoire islamique *sous sa juridiction (**himâya**). Or ces biens*[(3)] se trouvent sous sa juridiction lors de la troisième année seulement, et non lors des deux années précédentes (car ce commerçant se trouvait dans une autre région). Voilà pourquoi le (douanier) ne percevra rien pour les deux années passées.

---

(1) A lire: الحربى المستأمن , coquille dans l'éd. où: الحربى والمستأمن

(2) Il nous manque le texte sur le statut des deux autres catégories mentionnées, l'étranger et le Dhimmî. D'après ce que l'auteur dira plus bas (IV, 296), l'étranger payera pour les trois ans, sauf s'il gagne son pays, pour revenir encore une fois chez nous. Le Dhimmî semble être comme le Musulman.

(3) Le passage *_* est supplié d'après le MS de Beyrouth. في حمايته والمال

Au contraire si l'année fiscale s'écoule alors que les biens se trouvent sur le territoire ennemi, et qu'il soit encore temps de percevoir l'impôt de (cette année-là, quand le commerçant passe par le douanier avec ces mêmes biens), il percevra l'impôt; mais s'il n'est plus temps de percevoir (l'impôt) pour l'année écoulée[1], il n'y a plus de droits à percevoir sur ces biens maintenant (**litt.** pour la deuxième fois), vu que le temps pour la perception de l'impôt de la première (année) est passé et celui de la deuxième est déjà arrivé.

Donc si l'homme passe (par le douanier musulman) après que toute l'année fiscale est passée (sur le territoire islamique), et si la deuxième année n'est pas encore écoulée, il est encore temps de percevoir l'impôt (de l'année passée); au contraire si toute l'année s'est écoulée sur le territoire ennemi, le douanier (musulman) n'a pas la faculté d'en demander l'impôt même si l'homme passe par lui (avec les biens) avant l'écoulement de la deuxième année.

comm. Car le commencement de la deuxième année a lieu, dans ce cas en un endroit où la juridiction du chef de l'Etat musulman ne s'exerce pas. Pour cette raison, le (douanier) n'a pas le droit de demander l'impôt. Au contraire, si les biens se trouvent sur le territoire islamique, alors il s'agit d'un endroit où la juridiction du chef musulman s'exerce, et alors le (douanier) a le droit de demander l'impôt, peu importe à quel moment l'homme passe par lui avant l'arrivée du temps de l'impôt d'une année prochaine.

• 4258. L'impôt (**ṣadaqa**) sur les troupeaux paissant sur les pâturages publics n'incombe ni à l'ennemi en guerre (venu sous sauf-conduit) ni au Dhimmî, (mais seulement au Musulman; comme c'est aussi le cas des épargnes, qui ne grèvent que
2151 les Musulmans).*

comm. La raison en est que la **ṣadaqa** fait partie du culte[2], donc ne grève pas un mécréant.

suite: Puis, si pendant plusieurs années on n'a pas perçu la **ṣadaqa** sur les troupeaux des pâturages publics appartenant à un Musulman, et qu'on s'en soit rendu compte par la suite, alors on percevra de lui la **ṣadaqa** de toutes les années passées.

comm. La raison en est que la perception de cet impôt appartient aux autorités centrales (**sultân**), vu que l'homme jouit de leur protection et de leur soin. Or la protection et le soin ont existé dans les années passées. Donc on percevra l'impôt pour le passé.

suite: Mais la situation du douanier est différent, car celui-ci ne perçoit que la douane de l'année qui vient de s'écouler.

comm. La raison en est que le douanier ne perçoit (l'impôt) que sur ceux des biens que leurs propriétaires font passer par lui. Or le (propriétaire) n'a passé,

---

(1) Le passage *_* est supplié d'apres la traduction turque de 'Aintâbî.

(2) Selon les juristes musulmans, l'office de prière, le jeûne et le pèlerinage sont "culte au moyen du corps", et le paiement de l'impôt est "culte au moyens des biens".

accompagné de ses biens, par le (douanier) que pendant la quatrième année. Voilà pourquoi le (douanier) ne perçoit que pour la troisième année(1).

suite: Au contraire, l'encaisseur des impôts (sur les troupeaux) ne perçoit pas la **şadaqa** (impôt) parce qu'on a passé par lui, mais il perçoit sur les troupeaux de chaque individu (imposable). Donc il percevra sur le (troupeau) la **şadaqa**, vu que l'(encaisseur) perçoit la **şadaqa** en vue de l'écoulement de l'année fiscale.

comm. Car (pour l'échéance de l'impôt) sur les tropeaux des pâturages publics, il faut qu'une année se soit écoulé. Or sur les troupeaux en question trois années se sont entièrement écoulées. Donc l'(encaisseur) exigera l'impôt de chacune de ces années fiscales.

• 4259. A supposer que ce Musulman-là propirétaire du troupeau, dise: "J'ai (directement) payé la **şadaqa** (impôt) aux pauvres, pour toutes ces années", on ne prendra pas en considération sa parole, et l'on percevra sur lui la **şadaqa** (de ce troupeau) des trois années.

comm. Cela selon notre école (hanafite), mais ach-Châfi'î dit qu'on ne (la) percevra pas, arguant que la **şadaqa** est destinée aux pauvres; donc s'il l'a donnée aux pauvres, il a fait parvenir le droit à qui de droit, et ainsi il est quitte, comme on
est quitte si on donne directement aux pauvres la **zakât** (impôt) sur le commerce.* 2152
Mais nous disons que le droit de la perception (dans le cas des troupeaux etc.) appartient à l'encaisseur officiel (**muşaqqiq**). Donc l'homme n'est pas quitte s'il a donné (l'impôt directement) aux pauvres. Cela à l'instar d'un endetté qui rembourse la dette *à l'enfant mineur (de son créancier mort) (2), il ne sera pas quitte pour autant, vu que dans ce cas le droit de recevoir le (remboursement) appartient à l'exécuteur testamentaire. Il en sera donc de même ici.

• 4260. A supposer que le chef de l'Etat musulman ne leur ait pas envoyé d'encaisseur pendant ces années —parce qu'il était occupé par une guerre, ou par quelque autre chose— et que les (imposables) donnent (la **şadaqa** directement aux pauvres) et qu'ils disent (à l'encaisseur): "Nous avons déjà donné (à qui de droit) parce qu'aucun encaisseur ne nous avait été envoyé", c'est leur parole qui prévaudra, et ils n'auront pas à payer (de nouveau) la **şadaqa**.

comm. Car si le chef de l'Etat ne leur a pas envoyé d'encaisseur pendant ces années-là, c'est qu'il ne demandait rien; et, par conséquent les (imposables) n'ont pas l'obligation de payer au chef. Donc si quelqu'un distribue lui-même sa **şadaqa** (à qui de droit), il en sera quitte, comme un propriétaire est quitte de la **zakât** sur les épargnes s'il la distribue lui-même directement.

(1) Dans un MS, comme le note l'éd., il y a ce passage: "Car il ne perçoit l'impôt que pour l'année qui vient de s'écouler, vu que le droit de perception n'existe pour lui que quand l'homme passe par lui. Or l'homme a passé par lui dans la troisième année. Voilà pourquoi les deux cas diffèrent.

(2) Le passage *_* est suppléé d'après le MS de Beyrouth: وإلى الصبي

• 4261. (Chaibânî) dit encore: Si un ennemi en guerre venu sous sauf-conduit (1) , un Dhimmî et un Musulman passent par un douanier (**'âchir**) musulman, et lui disent: "Un douanier autre que toi a déjà prélevé sur nous l'impôt pour la présente année", et s'ils montrent la quittance (**barâ'a**), et jurent cela par serment, dans le cas où le (douanier) a quelque soupçon, alors il ne lui faut rien percevoir sur eux.

comm. Car l'impôt est le droit de Dieu, en dépôt chez le propriétaire des biens. Or si le dépositaire informe de quelque chose, on lui ajoute foi.

2153 • 4262. * En outre, cette règle est évidente pour ce qui est d'un Musulman ou d'un Dhimmî, car si les deux disent: "Nous sommes end ettés (et n'avons pas devoir de payer l'impôt)", on leur ajoute foi. Mais pour ce qui est de l'ennemi en guerre (venu sous sauf-condait), on ne lui ajoute pas foi s'il prétend être endetté; toutefois s'il affirme: "Un douanier autre que toi a déjà prélevé l'impôt sur moi", on lui ajoute foi, parce que sa parole, dans ce cas, est corroborée par une quittance. Il est donc permis de lui ajouter foi. Dans le cas de la dette, aucune (preuve) ne s'ajoute à la parole de l'(ennemi venant sous sauf-conduit); il est donc permis de ne pas y ajouter foi.

comm. L'indice à cela est ce récit sur 'Umar (cf aussi **supra** IV, 286-7): Un cheikh chrétien s'était rendu devant lui et ainsi dit: "Tes agents me demandent la dîme pour deux fois dans une même année", et (le calife) 'Umar écrivit à ses agents: "Ne percevez de dîme qu'une seule foi par an". 'Umar n'a-t-il pas là ajouté foi à un (ennemi en guerre), quand il a écrit à ses agents: "Ne percevez la dîme qu'une seule fois"?

• 4263. Si un Musulman —ou un Dhimmî— possède des marchandises, et que toute une année s'écoule alors qu'il est en territoire islamique, et si ensuite il les transporte sous sauf-conduit sur le territoire ennemi, et que là il en fasse commerce pendant encore une année entière: si ensuite il les ramène sur le territoire islamique et qu'il passe par un douanier musulman, celui-ci ne percevra l'impôt ni pour la première année ni pour la deuxième année.

comm. Quant à la première année, c'est parce que l'homme n'a pas passé par ce (douanier) avec ses biens pendant le temps propre à la perception de l'impôt: il ne le percevra donc pas. Et quant à la deuxiéme année, c'est parce que l'année s'est écoulée alors que les biens se trouvent sur le territoire ennemi. Or nous avons déjà mentionné que le douanier ne perçoit pas l'impôt sur les biens qui sont restés pendant toute l'année sur le territoire ennemi.

• 4264. A supposer qu'une année se soit écoulée depuis que l'homme est sur le territoire islamique, puis qu'il passe avec des marchandises par le douanier mais qu'il les cache et les fasse entrer sur le terroire ennemi: s'il y reste pendant toute une
2154 année,* et qu'ensuite il ramène les biens et qu'en passant par le douanier il lui dise

(1) A lire: الحربي المستأمن , coquille dans l'éd. où: والحربي والمستأمن

ce qui s'est passé, alors le (douanier) percevra l'impôt pour la primière année (passée sur le territoire islamique) et non pour la deuxième année (passée sur le territoire ennemi).

comm. Car ce qu'il perçoit pour la première année, il le perçoit parce que l'homme a passé par là après que le droit d'impôt lui a incombé. Or une fois qu'un droit s'est imposé, aucun retard ne l'annule. Mais quant à la deuxième année, les biens étaient alors sur le territoire ennemi, donc le (douanier musulman) ne percevra pas l'impôt sur eux.

suite: De même si un Musulman possède un troupeau pâturant sur les pâturages publics, et qu'il le transporte sur le territoire ennemi après avoir été pendant toute l'année (sur le territoire islamique), et s'il ne paie pas la **zakât** (impôt), et que toute la deuxième année se passe alors sur le territoire ennemi: si ensuite il ramène le (troupeau) sur le territoire islamique, l'encaisseur percevra la **ṣadaqa** (impôt) de la première année;—

comm. Car le droit de perception s'établit, pour l'encaisseur, en vue de l'année que ces biens ont passé en territoire islamique. Donc le droit de perception lui est établi pour la **ṣadaqa** de cette année-là;—

suite: Mais il ne percevra rien pour la deuxième année.

comm. Car l'année a passé alors que les biens se trouvaient sur le territoire ennemi. Donc le droit de perception n'a pas lieu (pour l'encaisseur du gouvernement islamique).

• 4265. * Si un ennemi venu sous sauf-conduit sur la territoire islamique passe 2155
une ou deux années sur le territoire islamique, et que cet homme (en regagnant son pays) passe par le douanier musulman mais qu'il lui cache ses biens: si le douanier le retrouve par la suite et découvre les biens, il percevra sur lui l'impôt de ce qui est passé; mais s'il ne le retrouve pas avant que l'homme soit rentré sur le territoire ennemi, et si cet homme revient par la suite, avoue (**litt.** informe de) ce qui s'est passé, et amène avec lui les (mêmes) biens, alors toute dîme qui lui imposait par le passé sera annulée, pour toutes les années, et l'on percevra sur lui, à cause de sa rentrée (chez nous) à partir du territoire ennemi, la dîme pour les biens qu'il a effectivement avec lui; et tout ce qui s'est passé sera annulé.

comm. Car dès qu'il rentre sur le territoire ennemi, la juridiction islamique tombe de lui. Or le droit de perception s'établissait en faveur du chef de l'Etat musulman à cause de cette juridiction. Donc s'il n'y a pas de droit de perception non plus pour le chef de l'Etat(1).

(1) Pendant son séjour hors du territoire islamique, ça se comprend, mais lors de son retour sur le territoire islamique, la règle énoncée ici va à l'encontre du hadith cité plus haut (IV, 103) et qui précise que la responsabilité effectivement encourue sur le territoire islamique se ravive lors du retour du territoire ennemi.

• 4266. A supposer qu'au moment où l'impôt eût incombé à cet (étranger), celui-ci ne rentre pas sur le territoire ennemi, son propre pays, mais sur un autre territoire (également) ennemi, et sous sauf-conduit, à partir du territoire islamique, pour y faire du commerce: s'il avait obtenu le sauf-conduit pour se rendre sur le territoire islamique, sans dire qu'il irait dans l'autre pays (à partir du territoire islamique), alors tout impôt qui lui incombait par le passé serait annulé.

comm. Car il est entré sur un territoire où la juridiction islamique ne s'exécute pas. Donc c'est comme s'il était entré dans son propre pays et en était revenu: et dans ce cas les impôts qui étaient dus s'annulent. Il en sera donc de même ici.

2156 • 4267. * De même s'il demande l'autorisation des Musulmans d'aller dans cet autre pays et revenir en sécurité sur le territoire islamique, et que les (autorités musulmanes) lui accorde cette demande, ce sera exactement comme le cas précédent, et tout impôt dû précédemment sera annulé. Il en sera aussi de même s'il demande l'autorisation d'aller dans cet autre pays, où, (lors de leur expédition militaire), les Musulmans ne le molesteraient pas, puis de pouvoir rentrer en sécurité sur le territoire islamique pour pouvoir, de là, regagner son propre territoire: si les (autorités musulmanes) le lui accordent, et que l'homme parte dans ce pays étranger alors qu'il doit des impôts (aux Musulmans), s'il part quand même (sans s'en acquitter), alors (au retour) on ne lui demandera pas les échéances passées, on ne lui demandera que la dîme pour être venu (cette fois-ci) de ce pays étranger dans le territoire islamique.

comm. Car la juridiction islamique ne s'exerçait pas dans le territoire ennemi où ce touriste s'est rendu sous sauf-conduit.

• 4268. Si quelqu'un jouit du sauf-conduit des musulmans, puis qu'il aille dans un endroit où la juridiction islamique ne s'exerce pas, cet état de choses exige qu'on ne tienne pas compte de ce qui était dû par cet homme, ni non plus de ce qu'on a perçu sur lui. Ainsi, si les Musulmans ont perçu sur lui la dîme au moment où il est arrivé de son pays sur le territoire islamique, puis qu'il n'y séjourne que peu de jours avant de partir dans cet autre pays étranger, pour en revenir quelques jours après seulement, le douanier lui demandera de nouveau la dîme.

comm. Car quand il entre sur ce territoire étranger, il sort de la juridiction islamique.

• 4269. Donc quand il rentre (chez nous), on lui demandera (de nouveau) la dîme. Ce pays étranger en guerre sera comme un pays étranger en trêve (dar **al-muwâda'a**). On sait que si quelqu'un de ce pays (en trêve) vient sur le territoire islamique en vertu de la trêve (qui dispense de visa), le douanier musulman lui fera payer la dîme; puis, rentré dans son pays, si cet homme revient en vertu de la trêve sur le territoire islamique durant la même année, le douanier lui fera payer de nouveau la dîme de ses biens.

2157 **comm.** * Car quand il rentre sur son territoire, il sont hors de la juridiction islamique. Même si, dans ce territoire (à lui) il est en sécurité vis-à-vis (des

Musulmans, à cause de la trêve), cette (sortie) fait qu'on ne peut plus tenir compte de ce qu'on aurait perçu sur lui. Il en sera donc de même ici[1].

• 4270. Si un peuple ennemi en guerre fait la trêve avec les Musulmans sur la condition de payer aux Musulmans un tribut déterminé chaque année, pour vu que la loi islamique ne les régisse pas, et qui'ils ne deviennent pas des Dhimmîs (sujets non-musulmans de l'Etat islamique), si par la suite quelqu'un de ce pays se rend avec beaucoup de biens sur le territoire (proprement) islamique, en vertu de cette-trêve-là, il jouira de la sécurité, mais payera la dîme (10%, et non 5% comme les Dhimmîs) de ce qu'il a amené.

comm. Car, tel, quel, il reste un ennemi en guerre, excepté qu'il jouit de la protection. Et il n'est pas devenu Dhimmî, car la juridiction islamique ne s'exerce pas sur lui. Il est donc exactement comme quelqu'un qui vient sous sauf-conduit d'un autre pays (étranger) que le pays en traité de trêve. D'un tel on perçoit la dîme (10%).

• 4271. A supposer que sur quelqu'un (d'étranger) pèse l'obligation, en territoire islamique, de payer quelque impôt, puis qu'il aille dans le territoire en trêve pour en revenir de nouveau, alors le douanier musulman ne percevra pas sur lui l'impôt du passé.

comm. Car comme nous l'avons mentionné, un tel pays (en trêve avec les Musulmans) et un autre, sans trêve celui-ci avec les Musulmans, sont pareils. Si un Musulman ou un Dhimmî se rend dans un pays en trêve, c'est exactement comme s'il se rendait dans un autre pays sans trêve avec les Musulmans, étant donné que par la simple trêve ce pays ne devient pas partie du territoire islamique, vu que la juridiction islamique ne s'(y) exerce pas. Et tout pouvoir provient de Dieu!

---

(1) Le texte est un peu obscur, mais l'auteur veut dire ceci: Si un étranger rentre sur le territoire islamique, après avoir gagné son propre territoire, les impôts payés aux Musulmans, lors du premier voyage, ne le dispenseront pas de les payer de nouveau. Il en sera de même si, au lieu de regagner son propre pays, cet homme visite d'abord un tiers pays, pour revenir ensuite en territoire islamique, on lui demandera de nouveau les impôt.

2158 * Chapitre (206)

DE L'IMPOT DU CINQUIEME SUR LES MINES ET SUR LES TRESORS QU'ON TROUVE SUR UN TERRITOIRE EN GUERRE OU SUR UN TERRITOIRE EN TRÊVE; ET DE CE QUI CONCERNE, A CE PROPOS, UN DHIMMI OU UN MUSULMAN QUI Y SONT ALLÉS SOUS SAUF-CONDUIT

• 4272. Chaibânî dit ceci: si un Musulman se rend sous sauf-conduit sur le territoire ennemi et y découvre un trésor (ancien, **rikâz**) comportant de l'or ou de l'argent ou des pierreries, il faut distinguer: s'il le trouve dans la maison de quelqu'un des habitants du pays, il le lui remettra et ne le trahira pas;—

comm. Car ces biens appartiennent au propriétaire de la maison; et si le (Musulman) ne les lui remet pas, ce sera un abus de confiance et une trahison de sa part, alors qu'il leur a garanti qu'il n'abuserait pas de leur confiance Ni ne les trahirait quant à leurs personnes et leurs biens;—

• 4273. Au contraire s'il le trouve dans un désert ou dans un endroit qui ne se trouve sous le titre de propriété de personne d'entre les habitants du territoire en guerre, alors ce sera comme un gibier que capture un (ressortissant du territoire islamique) qui est allé sous sauf-conduit sur le territoire ennemi. Comme ce gibier lui appartient entièrement, ce trésor de même, et il n'aura pas à payer (au gouvernement musulman) le cinquième en impôt, s'il l'introduit sur le territoire islamique.

comm. Car il ne s'agit pas d'un acte dont le motif serait de renforcer la Religion (islamique) et de faire prévaloire la parole de Dieu, non plus que d'une
2159 affaire où l'on aurait engagé militairement * les chevaux et les chemeaux[1]. Donc c'est comme l'acte d'un aventurier (**mutalşşiş**). Or si un aventurier amène quelques biens (pillés sur le territoire ennemi), il n'y a pas de cinquième à payer. Il en sera donc de même ici.

suite: Il n'y a pas non plus d'impôt s'il passe par un douanier musulman.

comm. Car il a capturé ces biens sur le territoire ennemi, où il ne jouissait du soin ni de la protection du chef de l'Etat islamique. Voilà pourquoi on ne percevra pas sur lui l'impôt.

Ne vois-tu pas que si un touriste musulman transporte sous sauf-conduit des biens sur le territoire ennemi, puis qu'il les ramène sur le territoire islamique après avoir passé toute une année sur le territoire ennemi, on ne perçoit pas l'impôt de ces biens? Donc à plus forte raison, s'il gagne des biens sur le territoire ennemi et les ramène sur le territoire islamique, on ne percevra pas l'impôt de ces biens.

(1) C'est une expression du Qur'ân, cf. 59/6.

• 4274. La réponse est la même si le touriste musulman découvre une mine d'or, d'argent ou de fer sur le territoire ennemi —ou s'il trouve de l'ambre gris ou des perles dans la mer— cela lui appartiendra entièrement (net d'impôt).

comm. Car ces choses n'appartiennent à l'origine à personne, et sont comme un vieux trésor qu'on découvrirait dans le désert: ni cinquième ni dîme à payer sur ces (choses) si on les amène sur le territoire islamique.

• 4275. Mais s'il trouve une mine dans la propriété de quelqu'un, il faut rendre à ce (propriétaire) le produit de l'exploitation. A ce propos, un ennemi en guerre, qui embrasse l'Islam, et un Musulman fait prisonnier (par l'ennemi) sont exactement (comme le touriste musulman), sauf sur un point, à savoir que si le prisonnier ou le converti d'entre les ennemis trouve quelque chose dans la maison d'un ennemi en guerre (sur le territoire ennemi), cela lui appartiendra, et il n'y aura ni cinquième ni dîme à payer (au gouvernement islamique).

comm. * Car les (ennemis) ne jouissent pas de l'aman (de la part de ces deux 2160
catégories de Musulmans), dont chacun a le droit de tuer et piller les (ennemis) s'il y en a la possibilité. Donc à plus forte raison, s'il trouve un vieux trésor, cela lui appartiendra.

• 4276. De même ce que trouveront ces deux catégories de Musulmans en fait de biens perdus sur la route (dans le territoire ennemi), s'ils les amènent sur le territoire islamique, le douanier musulman ne percevra pas d'impôt (sur eux).

comm. Car selon les apparences, ces biens sont la propriété des ennemis en guerre. Si ces deux catégories de Musulmans trouvaient des biens dans la maison même d'un particulier d'entre les (ennemis), ils leur appartiendraient, sans qu'il y ait de cinquième ou de dîme (à payer au gouvernement musulman). S'ils trouvent une chose perdue dans la rue, (sur le territoire ennemi), il faut qu'elle soit leur, à plus forte raison.

• 4277. Au contraire si un Musulman sous sauf-conduit trouve une chose perdue dans la rue sur le territoire ennemi, il lui faudra l'annoncer (pour chercher le propriétaire d'origine, comme il le ferait sur le territoire islamique).

comm. Car il n'est pas licite à un tel (touriste sous sauf-conduit) de saisir les biens des (ennemis), comme il ne (lui) est pas licite de saisir les biens des Musulmans.

• 4278. Cette annonce (sur le territoire ennemi) doit durer pendant toute une année. Si le propriétaire vient... sinon il faut dépenser en charité (pour les pauvres) cette (chose trouvée), comme on le fait sur le territoire islamique: on annonce pendant un an, et si le propriétaire ne vient toujours pas, on la dépense en oeuvre charitable. Je préférerais que ce (Musulman qui a trouvé cette chose) la dépense pour les pauvres d'entre les Musulmans sur le territoire ennemi; et s'il n'y en a pas, alors pour les pauvres d'entre les Dhimmîs.

comm. Car s'il dépensait sur le territoire islamique une telle chose pour les

pauvres d'entre les Dhimmis, cela serait valide; il en sera donc de même sur le territoire ennemi.

suite: S'il n'y en a pas, alors pour les pauvres d'entre les ennemis en guerre.

comm. Car cette chose a été trouvée[1] comme appartenant aux ennemis en guerre, donc il est licite de la dépenser pour les pauvres d'entre les ennemis en guerre.

2161 * **suite:** Au contraire de la chose perdue dans la rue et qu'on trouve sur le territoire islamique. Car celle-ci ne peut pas être dépensée pour les pauvres d'entre les ennemis en guerre[2].

comm. Car cette chose trouvée appartenait à un Musulman. Donc on ne peut pas le dépenser pour des pauvres qui ne sont pas pessortisants du territoire islamique.

suite: Et si la personne qui la trouve (sur le territoire ennemi) ces pauvre et qu'elle la consomme elle-même, il n'y a pas à lui en faire grief.

comm. Car si le Musulman qui trouve pareille chose sur le territoire islamique est pauvre, pas de grief à ce qu'il la consomme. Il en sera de même ici (dans le cas du territoire ennemi).

suite: Au contraire, s'il est au large, il ne lui est pas licite, selon notre avis, de la consommer.

comm. Mais selon ach-Chafi'î, cela lui est licite.

• 4279. A supposer que l'homme la consomme —ou la donne en charite-puis que vienne le propriétaire d'origine et que celui-ci la reconnaissait (?réclame) alors je préférerais que l'(homme qui en a ainsi disposé) donne de dommages à l'autre; toutefois on ne peut pas l'y contraindre judiciairement si les deux parties portent plainte devant le chef de l'Etat musulman, après que le propriétaire d'origine a embrassé l'Islam (=et est devenu ressortissant de l'Etat islamique);—

comm. Car l'homme l'a consommé sur le territoire ennemi; Si l'homme avait usurpé quelque chose (à un ennemi en guerre; il aurait violé le pacte de garantie de paix, impliquée dans le sauf-conduit donné par les ennemis), mais judiciairement le (juge musulman) ne le ferait pas payer des dommages (à l'ennemi), bien qu'il lui recommandé à l'homme de lui payer des dommages.

Il en est de même ici s'il consomme la chose trouvée dans la rue judiciairement on ne la contraindra pas à payer des dommages, mais il sera recommandé à l'homme de payer des dommages à l'autre.

(1) Variante enlevé

(2) Dans le Qur'ân et dans la vie du Prophète, on trouve nombreuses indications de la dépense à titre de charité pour les pauvres parmi les ennemis en guerre. Cf. le Qur'ân par exemple V, 2, LXXVI, 8, etc.

• 4280. Si un ennemi en guerre se rend sur le territoire islamique sous
sauf-conduit, puis qu'il y découvre * un vieux trésor ou une mine dont il extraie 2162
(sans permission) l'or ou l'argent ou le fer, le chef de l'Etat musulman lui enlèvera tout, et l'(étranger) n'en obtiendra rien.

comm. Car il s'agit d'un butin, étant donné que les Musulmans y ont engagé les chevaux (cf, Qur'ân 59/6)[1].

Ne vois-tu pas que si c'était un musulman qui eût découvert (ce trèsor etc.), on aurait perçu sur lui le cinquième, le reste revenant à cet homme? Or si ce n'était pas considéré comme butin, il n'y aurait pas de cinquième à payer (au gouvernement musulman). On sait qu'un ennemi en guerre n'a pas droit au butin appartenant aux Musulmans.

Ne vois-tu pas ceci? Si un ennemi en guerre participe à une expédition de l'armée (musulmane) sans l'autorisation du chef de l'Etat musulman, et qu'il livre bataille aux mécréants, et si l'on obtient des butins, cet (ennemi) n'en recevra rien. De même donc il n'a aucun droit sur ce butin (ici, la trouvaille du trésor etc.).

• 4281. A supposer que l'ennemi venu sous sauf-conduit demande au chef de l'Etat musulman l'autorisation de rechercher (la mine etc.), et de l'exploiter (**litt.** faire sortir), et que le (chef) l'y autorise, alors s'il travaille et trouve quelque chose, on percevra le cinquième sur ce qu'il aura trouvé, le reste allant à l'ennemi venu sous sauf-conduit.

comm. Car si un ennemi venu sous sauf-conduit livre bataille aux mécréants, avec l'autorisation du chef de l'Etat musulman, il obtient un droit (**litt.** quote-part) sur le butin, en sorte qu'on lui accorde quelque rémunération (**radkh**), comme on rèmunère aussi un Dhimmî (en pareil cas). De même donc s'il s'occupe de mines avec l'autorisation du chef de l'Etat, il y obtient un certain droit; donc on perçoit sur lui le cinquième, et on lui laisse le reste.

• 4282. Si un ennemi venu sous sauf-conduit trouve, dans la mer des Musulmans, beaucoup de perles ou d'ambre gris, ou s'il découvre une mine de pierres précieuses (**jauhar**) ou de turquoise (**fîrûzaj**) et en extrait une grande quantité, et tout cela sans l'autorisation du chef de l'Etat musulman, tout lui appartiendra, sans qu'on y perçoive le cinquième.

comm. * Il en est ainsi de la perle et de l'ambre gris, parce qu'on les extrait de 2163
la mer. Or ce qui sort de la mer n'est pas considéré comme butin, le butin concernant les choses de la terre seulement.

---

(1) Le texte n'est certainement pas déplacé, car il le répète encore une fois à la fin du chapitre (IV, 311). Veut-il dire que l'ennemi venu sous sauf-conduit se trouve chez nous à cause de notre puissance militaire? Ou qu'à l'origine le territoire islamique actuel a été conquis sur les non-Musulmans par l'exercice de la force? Curieux argument.

Ne vois-tu pas que si un Musulman en trouvait, il n'aurait pas à en payer le cinquième? Donc si aucun cinquième ne pèse sur ces objets, ce sera comme la pêche du poisson ou la chasse du gibier. C'est là l'avis d'Abû Hanîfa et de Chaibânî, car selon eux, il n'y a pas de cinquième sur (la récolte des) perles et de l'ambre gris. Mais Abû Yûsuf est d'avis que si un Musulman en trouve, il aura à payer le cinquième. C'est donc dans le statut légal du butin. Donc on enlèvera à l'ennemi tout ce qu'il a trouvé. Mais la turquoise, elle, fait partie de la terre.

Ne vois-tu pas qu'elle n'est pas impressionnée par le feu? Elle est comme une pierre. Or il n'y a pas de cinquième à payer sur la pierre. Et s'il n'y a pas sur elle de cinquième, elle n'est pas susceptible de devenir butin. Donc la totalité en appartiendra à l'ennemi (qui l'a trouvée), à l'instar du gibier qu'il chasse sur le territoire islamique.

suite: Quand un Dhimmî découvre un trésor ancien ou une mine sur le territoire ennemi où il s'est rendu sous sauf-conduit ou comme prisonnier de guerre, il est à ce propos exactement comme un Musulman.

comm. Car il est ressortissant de notre territoire. Donc à ce propos son statut légal est exactement comme celle d'un Musulman.

• 4283. Et quand un Dhimmî trouve un trésor ancien ou une mine d'or, d'argent, de plomb ou de mercure (**zîbaq**) sur le territoire islamique, il a en cela le même statut légal qu'un Musulman: on percevra sur lui le cinquième et on lui laissera le reste, peu importe si cela a été ou non avec l'autorisation du chef de l'Etat musulman.

2164 **comm.** * Chaibânî cite un récit, à propos de l'ambre gris, et dit:

suite: Il nous a été rapporté par 'Amr ibn Dînâr, qui le tient d'Ibn 'Abbâs, qu'on demanda à celui-ci son avis au sujet de l'ambre gris et s'il y avait à en payer le cinquième; et lui de répondre: C'est quelque chose que la mer rejette.

Si c'est un esclave qui decouvre un ancien trésor ou une mine sur le territoire islamique, on y percevra le cinquième, et ce qui reste ira au maître de l'esclave.

comm. Car c'est un butin, et l'on sait que l'esclave a la capacité d'avoir un droit sur le butin.

Ne vois-tu pas que s'il aidait les Musulmans dans les combats livrés aux mécréants, on lui donnerait quelque rémunération prise sur le butin? Donc s'il a la capacité d'avoir un droit sur un tel butin, il a également un droit sur ce butin (qu'est la trouvaille du trésor). Donc on y percevra le cinquième, le reste allant au maître de cet esclave, car les biens appartenant à un esclave sont la propriété de son maître.

suite: Mais si c'est un **mukâtab** (en instance de libération contre paiement de sa valeur à son maître) qui découvre ces choses-là, on y prélèvere le cinquième, mais le reste ira au (**mukâtab**) et non à son maître.

comm. Car c'est son gain. Or le **mukâtab** a, sur son gain, plus de droit que son maître.

suite: De même si un garçon mineur découvre ces choses sur le territoire islamique, on y prélèvera le cinquième et le reste lui sera laissé.

comm. Car, (malgré sa minorité), s'il livre des combats, on lui donne une rémunération (sur le compte des butins). De même donc s'il extrait des minerais: ils lui appartiendront après prélèvement du cinquième gouvernemantal.

* • 4284. Si un des territoires en guerre fait la trêve avec les Musulmans, sur la 2165
condition qu'il leur paiera chaque année quelque chose de déterminé, pourvu que les Musulmans ne lui imposent pas leur juridiction, alors ce sera toujours un territoire ennemi (en trêve mais ne faisant pas partie du territoire islamique);—

comm. Car un territoire devient partie du territoire islamique quand la juridiction islamique y est exercée. Ici la juridiction des Musulmans ne s'y exerce pas, donc il reste territoire ennemi;—

• 4285. Donc si un Musulman entre sur ce territoire en vertu de cette trêve-là, puis qu'il y trouve un ancien trésor dans un désert, la totalité en ira à ce (Musulman; sans rien payer au gouvernement musulman); masi s'il le trouve dans la maison d'un des habitants, il le lui remettra. Au contraire, à supposer que ce territoire sollicite de devenir Dhimmî, en sorte que la juridiction islamique s'y exerce, et que les Musulmans reçoivent de lui un tribut (**kharâj**) déterminé chaque année (au lieu de la jizya-capitation), et que les Musulmans n'aient pas dominé ce territoire auparavant, il fera partie du territoire islamique.

comm. Car la juridiction islamique s'y exerce. Donc quand cet homme y découvre un ancien trésor ou une mine d'or ou d'argent, le (gouvernement musulman) y prélèvera le cinquième, et le reste ira à celui qui le découvre, comme c'est le cas quand il le découvre sur le territoire proprement islamique.

• 4286. S'il le découvre dans la maison d'un particulier, le (gouvernement musulman) y prélèvera le cinquième, mais le reste ira au propriétaire de cette maison.

comm. C'est l'avis d'Abû Hanîfa et de Chaibânî, mais selon Abû Yûsuf le reste (après prélèvement du cinquième) ira à celui qui le découvre, comme ce serait aussi s'il le découvre sur le territoire proprement islamique dans la maison d'un Musulman (particulier). En effet Abû Yûsuf dit qu'il s'agit de biens licites pour qui les désire.
Donc ils appartiennent * au premier occupant. Au contraire Abû Hanîfa et Chaibânî 2166
disent que le maître de l'"enceinte a le titre de propriété sur cet endroit, aussi bien sur ce qui est à la surface du terrain que sur ce qui est dans le profondeur de la terre. L'indice à cela est le récit sur 'Alî. Celui-ci a dit: "Si ces objets (trésor etc.) sont découverts dans une ville dont les habitants paient le tribut (**kharâj**), ils leur appartiendront, mais si on les découvre dans un endroit dont on ne reçoit pas le tribut, alors ils appartiendront à celui qui les trouve, et on y prélèvera le cinquième. Chypre est une île et ses habitants sont chrétiens. Ils paient quelque chose aux

Byzantins. Ils ont contracté la paix avec les Musulmans et ils ont contracté la paix avec les Byzantins aussi. Toutefois la juridiction des Musulmans ne s'exerce pas sur eux[1]. A ce propos, Chaibânî dit:

• 4287. Si un Musulman découvre là-bas un ancien trésor ou une mine, il faut distinguer: s'il le découvre dans la propriété d'un particulier il le lui rendra; et s'il le découvre dans le désert, ce sera pour lui-même, sans qu'il ait à payer le cinquième (au gouvernement musulman quand il ramènera son gain sur le territoire islamique).

comm. Car cet endroit (Chypre) est un territoire belligèrant, vu que la juridiction islamique n'y prévaut pas. Nous avons déjà mentionné que telle est la réponse pour le cas de la trouvaille faite sur le territoire en guerre. Il en sera donc de même ici. Et Dieu sait mieux.

• 4288. Si une armée musulmane, dotée de la puissance résistante et de la force, entre sur le territoire ennemi et y séjourne pendant un certain temps, au point que les membres de cette(armée) s'occupent de la culture des champs, que, lors de la maturité, ils en fassent la récolte et la ramène sur le territoire islamique, alors il faut distinguer: si les grains qu'ils ont semès sont leurs grains transportés du territoire islamique, alors toute la récolte sera leur.

2167 **comm.** * Car c'est le croît de leur propriété. Or le croît d'une propriété appartient à celui qui a sur elle le titre de propriété, à moins que quelqu'un d'autre y ait quelque droit.

suite Mais il n'y aura aucun cinquième à payer (au gouvernement musulman).

comm. Vu qu'il ne s'agit pas de butin.

suite: Aucune dîme non plus, et pas d'impôt foncier.

comm. Car la dîme et l'impôt foncier s'imposent sur les terres des Musulmans, alors qu'il s'agit ici de terres des ennemis en guerre. Or les terres de l'ennemi en guerre ne sont celles ni de la dîme ni de l'impôt foncier.

• 4289. Au contraire si les grains qu'ils ont semés dans la terre, —le blé par exemple,— sont d'origine ennemie, et que le (soldat musulman) séjourne là-bas assez longtemps pour récolter et battre (les céréales) et qu'on les ramène sur le territoire islamique, alors on y prélèvera la quantité employée pour la semence, pour la rendre aux butins, tandis que le reste ira au (soldat cultivateur) tout seul. On n'assignera pas la totalité (de la récolte) aux butins, bien qu'elle provienne des grains pris sur le butin.

comm. La raison en est que cet homme ne doit pas être dans une situation pire que celle d'un usurpateur. Or si quelqu'un usurpe les grains d'un autre et les sème dans sa propre terre, et qu'il en sorte une grande culture, alors il paiera comme

(1) Cf. **Ta'rîkh** Tabarî, I, 2826; **Amwâl** d'Abû 'Ubaid, • 457; **Futûh** de Balâdhurî, ch Cypre; **Kâmil** d'Ibn al-Athîr, III, 74-5, 107; Hamidullah, **Muslim Conduct of State,** • 188, 630/m.

dommages la quantité des grains usurpés, et le reste appartiendra à l'usurpateur. Il en sera ainsi ici (pour le soldat) à plus forte raison. Si l'on disait: "Mais pourquoi prélever la quantité des grains semés? Car cet homme a consommé (ou: détruit) les denrées alimentaires se trouvant dans les butins, Or quiconque détruit le butin sur le territoire ennemi, rien ne lui incombe". Nous dirions: Ce n'est pas une destruction véritable, car s'il a semé les grains c'est pour le croît.

* Ne vois-tu pas qu'un père ou un exécuteur testamentaire ont la faculté de 2168
prendre les grains appartenant au garçon mineur (sous leur tutelle) pour ensemencer la terre? Si c'était une destruction, ils n'en auraient pas la faculté.

Pareille est la règle, déduite par raisonnement analogique, pour une bille de bois **khalanj:**[1] si un des conquérants en obtient une et en fabrique des coupes (de bois) sur le territoire ennemi, pour les transporter sur le territoire islamique, on évaluera le prix (de ce bois) en tant que fabriqué et aussi en tant que non-fabriqué, puis cet homme remettra aux butins le prix (du bois) en tant que non-fabriqué, et le restant lui sera acquis.

C'est pareil aussi pour une fourrure de martre: si on en obtient une et qu'on la tanne, on en évaluera (le prix) en tant que tannée et en tant que non-tannée, et l'homme versera aux butins la valeur (de cette peau) en tant que non-tannée, et le reste (du prix) lui sera acquis. Il en sera donc de même ici.

• 4290. (Chaibânî) continue: Si un Dhimmî, un esclave (de plein droit), un **mukâtab** (esclave en instance de libération sur paiement de sa valeur à son maître), un garçon mineur ou même une femme trouvent sur le territoire islamique une mine ou un trésor ancien, on y prélèvera le cinquième gouvernemental, le reste allant à celui qui en a fait la découverte, même s'il s'agit d'un cas survenu sans l'autorisation du chef de l'Etat musulman.

comm. Car toutes ces personnes possèdent en principe le droit d'obtenir une partie du butin capturé par eux, même s'ils le capturent sans l'autorisation du chef de l'Etat musulman. En effet si ces gens-là participent à une expédition militaire sans l'autorisation du chef de l'Etat musulman, on leur donne quand même quelque gratification (**radkh**) prise sur le butin. De même donc ils auront un droit à ce qu'ils ont découvert sur le territoire islamique.

suite du comm. Si l'on disait: "Mais on ne donne à de telles gens qu'une simple gratification sur le butin, et non pas une quote-part régulière. Pourquoi donc ne leur donner, sur le trésor ou la mine qu'ils découvrent sur le territoire islamique, que quelque chose comme la gratification qu'ils reçoivent dans le cas du butin, au lieu de la quote-part régulière d'un soldat adulte?" On répondrait: Quand la gratification à prendre pour eux sur le butin devient obligatoire, cela veut dire qu'il devient obligatoire de leur reconnaître quelque droit * et quelque intérêt au butin. 2169

(1) Coquille dans l'éd. où الخلج, dans son Taisîr ainsi que dans sa traduction. 'Atallah insiste que c'est jalah, nous cf. [illegible]

Les droits sur les butins diffèrent (selon les catégories de soldats). Donc toute chose que le chef de l'Etat détermine (dans de pareils cas) est comme celle dont la détermination est faite directement par la Loi (**charî'a**). Si la Loi fait des déterminations différentes quant au partage du butin, cela ne doit pas empêcher qu'on ait droit au trésor ou à la mine qu'on découvre.

• 4291. Ne vois-tu pas qu'il n'y a pas de différence entre un fantassin et un cavalier pour (le droit qu'il a sur) la mine qu'il découvre, bien qu'il y ait une différence dans les quotes-parte des deux catégories de soldats dans le butin? Donc l'homme libre et l'esclave tous deux seront égaux en ce qu'ils obtiennent du fait du trésor ancien ou de la mine. Une autre raison en est que, celui qui découvre une mine s'occupe tout seul de l'extraction (du minerai, tandis qu'un soldat fait partie de toute une armée). Cela ressemble donc au cas où un groupe (de Dhimmîs, de femmes etc.) doté en lui-même de puissance résistante mène une guerre et capture des butins pour les ramener en territoire islamique: on distribuera ces butins entre ces conqérants selon les quotes-parts réglementées pour les cavaliers et les fantassins comme on le fait pour les combattants musulmans ordinaires. Donc celui qui extrait le minerai ou le trésor ancien sera pareil.

(Chaibânî) dit: Si un ennemi en guerre, venu sous sauf-conduit, demande au chef de l'Etat musulman l'autorisation de rechercher des trésors anciens ou des mines, et que le chef l'y autorise à la condition que la découverte soit partagée moitié moitié entre les Musulmans (=Etat) et lui (=l'étranger exploitant); si l'homme travaille à cette (condition) et découvre un trésor ancien ou une mine, alors le chef de l'Etat obtiendra la moitié de la découverte et l'autre moitié ira à l'ennemi (exploitant).

comm. La raison en est que l'ennemi venu sous sauf-conduit n'a de droit sur le trésor ancien découvert sur le territoire islamique, qu'à condition d'avoir eu l'autorisation du chef de l'Etat musulman. Cela au point que s'il découvrait quelque chose sans l'autorisation du chef de l'Etat, on lui enleverait tout. Donc s'il a quelque droit en vertu d'une stipulation, alors il aura ce droit selon la condition stipulée par le chef de l'Etat musulman. Or le chef a stipulé (ici) que la moitié lui reviendrait. Donc l'homme n'aura pas droit à plus de la moitié.

suite: Ensuite le chef de l'Etat prélèvera le cinquième sur tout ce que l'ennemi
2170 (exploitant) aura extrait, prenant ce (cinquième) sur * la moitié dont il obtiendra livraison de la part de cet ennemi, et le dépensera pour les pauvres (etc. comme dans le cas du butin d'une guerre); et il assignera (le reste de) cette moitié aux combattants(1).

comm. La raison en est que l'autorisation du chef de l'Etat musulman rend le découverte de l'ennemi comme un butin. Or sur le butin il a le cinquième

(1) Il s'agit du territoire islamique et l'état de paix. Il n'est donc pas question d'une armée expéditionnaire. Le terme "combattants" doit être pris ici dans le sens de "militaire en général", et ne désigne pas des individus déterminés constituant un copps d'armée, qui n'existe pas ici.

gouvernemental. Donc ladite autorisation donne à l'(ennemi) un droit sur la totalité de sa découverte, après la perception du cinquième. Dans le cas du (butin) le chef de l'Etat musulman n'a jamais la faculté de détourner les droits des uns en faveur des autres. Donc il attribuera le cinquième des deux moitiés[1], *pris sur la moitié lui revenant*[2] (de la part de l'exploitant ennemi), aux pauvres, et le reste aux combattants.

• 4292. (Chaibânî) dit encore: Si au contraire c'est un Musulman (de statut libre), un esclave (de plein droit), un **mukâtab** (en instance de libération), un Dhimmî ou un garçon mineur, (tous ressortissants islamiques), qui sollicitent du chef de l'Etat musulman l'autorisation de rechercher des trésors anciens ou des mines, et que le chef les y autorise à la condition que la moitié ira à celui (qui en fera la découverte) et l'autre moitié aux Musulmans, si par la suite un tel (Musulman etc.) découvre un trésor ancien, ou trouve (beaucoup) de biens dans le mines exploitées, le chef de l'Etat ne prendra quand même que le cinquième, et le reste ira à celui qui fera la découverte.

comm. La raison en est que le droit d'un Musulman à un trésor ancien (**rikâz**), une mine ou un magot (**kanz**) repose sur la découverte et non sur la stipulation; au point que s'il en fait la découverte sans l'autorisation du chef de l'Etat, il y aura toujours droit. Donc le droit (que cet homme a sur cette trouvaille) à la condition stipulée avec le chef de l'Etat sera comme s'il n'y avait aucune condition. La raison en est que cette condition (imposée par la chef de l'Etat) n'est pas conforme à l'exigence de la Loi. En effet selon le raisonnement analogique, toute la trouvaille doit appartenir à celui qui en a fait la découverte, étant donné qu'il s'agit de biens qui sont licites à qui les trouve; ils appartiendront donc à qui les trouve; toutefois nous avons imposé le cinquième, parce que la Loi le demande. Pour ce qui est en sus de ce (cinquième), il n'y aura pas d'autorité de la Loi cela restera en son état original, fondé sur le raisonnement analogique.

• 4293. C'est le contraire, dans le cas de l'ennemi venu sous sauf-conduit, quand il fait cette découverte sur une condition (imposée par le chef de l'Etat).

comm. * Car tout son droit découle de la condition stipulée par le chef de 2171
l'Etat, comme nous venons de le dire, (et sans cette stipulation on lui enlève la totalité de sa découverte). Voilà pourquoi il n'aura pas droit à ce qui est en sus de la chose stipulée. Puis (Chaibânî), dans son livre, cite ce qui suit comme argument et dit:

Ne vois-tu pas ceci? Si le chef de l'Etat musulman envoie une armée de Musulmans vers le territoire ennemi, et leur stipule que la moitié des captures leur

(1) Si le tout représente l'unité de 100, le chef recevra 50. et le cinquième de la totalité est 20.Donc les 20 seront prélevés sur les 50 que le chef recevra, et les 30 iront aux combattans". En effet, c'est le cinquième de 100, et non le cinquième des 50 reçus effectivement par le chef qu'il faut prélever en faveur des pauvres, dit l'auteur,

(2) Le passage *_* manque à l'éd., supplée d'après le MS de Beyrouth où il se lit: من هذا النصف

appartiendra, et l'autre moitié reviendra à la communauté (Etat) des Musulmans, et que ces (soldats) capturant des butins, on y prélèvera le cinquième (seulement et non la moitié), le reste allant aux (soldats conquérants), au point que le condition imposée par le chef de l'Etat sera considérée comme nulle.

La raison en est que le droit de ces (conquérants) ne dépend pas de la condition stipulée par le chef de l'Etat. En effet cette condition, imposée par le chef de l'Etat, est une condition qui n'est pas conforme à l'exigence de la Loi, vu que le (chef) veut ainsi inclure dans les bénéficiaires du butin des gens qui n'ont pas participé aux combats. Donc cette condition deviendra nulle et non avenue.

• 4294. De même, si un groupe d'ennemis en guerre entrent sur le territoire islamique, sous sauf-conduit, à la condition qu'ils traverseront le territoire islamique pour aller dans un autre territoire en guerre (avec les Musulmans) —la raison de cette traversée étant que ces gens-là ne pensaient pas pouvoir dominer leur ennemi s'ils ne traversaient pas le territoire islamique; ou qu'il y avait la possibilité pour eux de le dominer, mais ils préféraient que ce soit à partir du territoire islamique, afin de créer plus de terreur sur leur ennemi— et si le chef de l'Etat musulman les y autorise à la condition que la moitié de leurs captures ira aux Musulmans et l'autre moitié à eux-mêmes, et qu'ils capturent des butins, alors le chef musulman leur en prélèvera la moitié, le reste allant à eux-mêmes.

comm. La raison en est que si ces gens-là * *partaient en détachement à partir du territoire islamique, pour faire une incursion, en compagnie de l'armée islamique (1) ils n'auraient droit à quoi que ce soit si ce n'est sur la base de la condition stipulée. Donc la condition stipulée par le chef de l'Etat musulman mérite d'être prise en considération. Par conséquent, ils n'auront pas droit à ce qui est en sus de la chose stipulée. Il en sera donc de même ici dans le cas en discussion.

2172 * • 4295. A supposer qu'un ennemi byzantin venu sous sauf-conduit rencontre sur le territoire islamique un ennemi turc venu sans avoir obtenu de sauf-conduit, (et si le Byzantin capture le Turc pour le réduire en esclavage), il n'en aura rien, selon l'avis de tous les maîtres juristes.

comm. C'est ainsi selon l'avis d'Abû Hanîfa: car quand cet (ennemi turc) entre sur notre territoire, il devient un butin pour toute la communauté musulmane, au point que si quelque Musulman la capturait, on ne le lui laisserait pas, mais on le lui enlèverait pour le remettre dans le Trésor Public Musulman; donc si c'est un autre ennemi qui capture ce (Turc), il faut à plus forte raison qu'on ne la lui laisse pas. C'est également ainsi selon Chaibânî: car si un Musulman capturait ce (Turc), celui-ci serait considéré comme un butin —et cela selon la narration qui dit que selon Chaibânî, on prélèvera le cinquième gouvernemental sur un tel (captif) et puisqu'il s'agirait là du butin, si un Musulman le capturait; il en sera de même si c'est

(1) Nous croyons que c'est là le sens voulu. Mot à mot, le texte dit: "Car quand ils viennent en territoire islamique en tant que détachement..."

un ennemi (venu sous sauf-conduit) qui le capture. Or un ennemi n'a aucun droit au butin (appartenant aux Musulmans). On le lui enlèvera donc en sa totalité, et ce (captif) sera exactement semblabla au trésor ancien que l'(ennemi) aurait découvert sur le territoire islamique (sans l'autoraisation du chf de l'Etat musulman).

• 4296. A supposer que le chef de l'Etat musulman ait autorisé cet (ennemi venu sous sauf-conduit) à chercher à (capturer des ennemis venus sans sauf-conduit), et à supposer que cet (ennemi) rencontre les ennemis —ses propres compatriotes ou autres, (peu importe)— qui soient venus sans avoir obtenu de sauf-conduit, alors selon Abû Hanîfa il en sera de même, et cet (ennemi venu sous sauf-conduit) n'aura droit à rien de sa (capture);—

comm. Car quand un (ennemi non muni de sauf-conduit) entre sur le territoire islamique, il devient propriété (**litt.** droit) de toute la communauté islamique; donc quand on l'enlève à l'ennemi (venu sous sauf-conduit), on dépose le (captif) dans le Trésor Public Musulman;—

suite: Mais selon Chaibânî, on prélèvera le cinquième gouvernemental sur les captures faites par cet (ennemi muni de sauf-conduit et d'autrisation) et le reste (des captifs) appartiendra au (capturant).

comm. Car il s'agit d'un butin. Or un ennemi a droit au butin * s'il le capture 2173
avec l'autorisation du chef de l'Etat musulman. Donc ce (captif) sera comme le trésor ancien ou comme la mine que l'(ennemi venu sous sauf-conduit) découvrirait avec l'autorisation du chef de l'Etat musulman: on y prélève le cinquième gouvernemental, et on laisse le reste à celui (qui l'a découvert). Il en sera donc de même ici.

• 4297. Si un Musulman —hommme libre, esclave de plein droit, **mukâtab** (en instance de libération sur paiement de sa valeur à son maître), ou même une femme, (peu importe)— obtient l'autorisation du chef de l'Etat musulman de chercher des trésors anciens ou des mines d'or ou d'argent etc., sur la condition que tout ce qu'il découvrirait lui serait laissé, sans qu'il y ait de cinquième à payer, et à supposer que ce (Musulman) obtienne beaucoup de biens dans les mines, alors il ne faut pas que le chef de l'Etat le lui laisse si l'homme est aisé.

comm. Car ce qu'on découvre en fait de trésor ancien ou mine est un butin. Or le cinquième est le droit des pauvres prélevé sur le butin et il n'est pas permis au (chef) d'annuler le droit des pauvres.

• 4298. Mais au contraire, si celui qui découvre est un besogneux, lourdement endetté en sorte que même les 4/5 (de cette découverte) ne le mettent pas au large, et que le chef de l'Etat musulman soit d'avis de lui laisser même le cinquième govurnemental, ce sera chose permise.

comm. Car le cinquième est le droit des pauvres, et cet homme qui a découvert (le trésor) est lui aussi un pauvre. (Lui laisser le droit des pauvres, c'est) dépenser un droit pour qui de droit. Voilà pourquoi ce sera chose permise.

suite: L'indice à cela est le récit sur (le calife) 'Alî: Celui-ci dit à quelqu'un qui avait découvert un trésor ancien: "Si tu l'as découvert dans une terre déserte, alors à nous le cinquième et à toi les 4/5", puis d'ajouter: "Puis nous ta donnerons le reste aussi pour te compléter"(1). Et 'Alî dit cela parce qu'il avait vu que cet homme méritait une aide sur le compte de la **ṣadaqa** (impôts gouvernementaux).

• 4299. A supposer que le (chef de l'Etat musulman) dise une chose semblable à un ennemi venu sous sauf-conduit ou à un Dhimmî, en lui permettant ce qu'il a permis aux Musulmans, et que cet (ennemi) découvre un magot (**kanz**) ou une mine,
2174 on y prélèvera le cinquième * et on laissera le reste à l'ennemi —ou, (respectivement) au Dhimmî— et il ne faudra pas que le chef de l'Etat musulman concède le cinquième gouvernemental à un ennemi, que celui-ci soit au large ou besogneux (peu importe).

comm. Car le cinquième est un droit que Dieu a imposé, par une précision dans le Qur'ân (8/41), en faveur des pauvres. Il n'est donc pas permis de le dépenser pour les mécréants (ennemis), comme c'est aussi la règle à propos de l'impôt-**zakât**.

• 4300. Si le chef de l'Etat musulman envoie une armée composée de Dhimmîs, d'ennemis venus sous sauf-conduit, ou d'étrangers en trêve (**muwâda'a**), afin de combattre quelque ennemi en guerre, et qu'il y nomme un commandant musulman, et qu'il donne l'ordre à celui-ci de régir ses (soldats) selon le régime des Musulmans: s'ils entrent sur le territoire ennemi et capturent des butins, alors on prélèvera sur leurs captures le cinquième gouvernemental et on laissera le reste à répartir entre eux selon les quotes-parts régulières du butin: leurs cavaliers recevant la quote-part des cavaleirs et leurs fantassins recevant la quote-part des fantassins (musulmans).

comm. Car dans une telle armée c'est la juridiction islamique qui prédomine, et ce qu'elle capture sur l'(ennemi) sera pour renforcer la Religion (islamique) et conforme à la loi islamique. Donc les (capures) seront traitées en butin. Puis les Dhimmîs (etc.) constituent (ici) le principal, et non l'incident par rapport aux Musulmans. Voilà pourquoi on répartira ces (capures) entre eux selon les quotes-parts réguilères des cavaliers et des fantassins.

Ne vois-tu pas que si les Dhimmîs entrent (en guerre sur le territoire de nos ennemis) sans avoir obtenu l'autorisation du chef de l'Etat Musulman, la règle sera la même, même s'il n'y a pas un seul Musulman en leur compagnie? Donc si les ennemis venus sous sauf-conduit obtiennent l'autorisation du chef de l'Etat musulman, ils deviennent comme des Dhimmîs.

• 4301. A supposer que dans cette (armée composée de non-Musulmans) il y
2175 ait quelques Musulmans, qui combattent en leur compagnie,* et si les Musulmans disent: "Nous donnerons seulement quelque gratification (**radkh**) aux Dhimmîs et

(1) cf. aussi supra • 976.

aux ennemis (venus sous sauf-conduit), mais ne leur donnerons pas les quotes-parts régulières", il fait voir: Si les Musulmans constituent en eux-mêmes une puissance résistante, au point qu'ils auraient suffi à (la tâche) sans la participation des Dhimmîs, quoique la présence de ces derniers ait été préférable, alors les quotes-parts iront aux Musulmans, et la gratification aux Dhimmîs et aux ennemis venus sous sauf-conduit;—

comm. Car si les Musulmans constituent une puissance résistante, et si les Dhimmîs ne sont que comme une incidence, alors ceux-ci n'auront qu'une gratification (**radkh**);—

• 4302. Au contraire, si les Musulmans ne constituent une puissance résistante que par la présence des Dhimmîs (etc.) qui les accompagnent, alors les Dhimmîs et les ennemis (étrangers alliés) participeront de plein droit au butin: on répartira le butin entre eux et les Musulmans selon les quotes-parts propres aux cavaliers et aux fantassins.

comm. Car les biens (capturés) n'ont pas été un butin pour les Musulmans (par eux-mêmes), ils l'ont été par les Dhimmîs (etc.), sans lesquels ces Musulmans n'auraient été que des aventuriers (**mutlaşşiş**), et non des combattants réguliers. Donc si les biens sont devenus butin à cause des Dhimmîs (etc.), ceux-ci deviennent les égaux des Musulmans (à ce propos).

• 4303. A supposer que ce groupe (de Dhimmîs etc.) capturent des butins sur le territoire ennemi alors que les Musulmans (en leur compagnie) ne sont pas dotés de puissance résistante (en eux-mêmes), et que ces butins ne soient pas partagés, ni non plus ramenés sur le territoire islamique, et que ce soit à ce moment-là qu'une armée de Musulmans leur arrive en renfort, en sorte que les (premiers) Musulmans réunis avec ces derniers deviennent ensemble une puissance résistante, alors les Musulmans recevront les quotes-parts régulières, tandis que les Dhimmîs (etc.) des gratifications.

comm. Car quand un renfort les rejoint sur le territoire ennemi, il devient
comme s'il était entré en leur compagnie. *Ne vois-tu pas qu'on le fera participer 2176
avec eux aux butins? S'il était entré sur le territoire ennemi en leur compagnie, en sorte que les Muslumans eussent constitué en eux-mêmes une puissance résistante, on aurait donné aux Dhimmîs (etc.) quelque gratification. Il en sera donc de même ici.

• 4304. A supposer (dans ce cas) que les Dhimmîs (etc.) pris tout seuls ne constituent pas une puissance résistante, et que les Musulmans pris tout seuls ne constituent pas non plus une puissance résistante, mais que quand on les prend ensemble ils constituent une puissence résistante, et si un tel groupe (mixte) capture des butins, alors on octroiera aux Dhimmîs (etc.) des quotes-parts régulières comme celles des Musulmans.

comm. Car les biens (capturés) sont devenus butin à cause d'eux tous, sans qu'aucune des deux catégories ait d'excellence sur l'autre. Tous seront donc égaux quand (à la participation) au butin.

• 4305. Il en sera de même si chacune des deux catégories (de Dhimmîs et de Musulmans) constitue en elle-même une puissance résistante, alors aussi on répartira le butin entre tous selon les quotes-parts régulières propres aux cavaliers et aux fantassins.

comm. Car aucun des deux catégories n'a d'excellence sur l'autre. Donc aucune ne sera considéré comme une incidence pour l'autre. Tous seront donc égaux quand (à la participation) au butin.

• 4306. La réponse est la même pour un détachement qui consisterait en esclaves de plein droit et en **mukâtab** (en instance de libération sur paiement de leurs valeurs à leurs maîtres), et qui entreraient sur le territoire ennemi avec l'autorisation du chef de l'Etat musulman: si ce (détachement) capture des butins, ils seront répartis entre les membres du détachement selon les quotes-parts propres aux cavaliers et aux fantassins. A supposer qu'il y ait, avec ces (esclaves), quelques hommes de statut libre, la règle comportera les mêmes distinctions que nous venons d'évoquer (à propos des Dhimmîs).

comm. Car les esclaves sont, en principe, des gens qui ne méritent qu'une gratification: on ne leur donne de quotes-parts nègulières que quand ils consitutent en eux-mêmes une puissance résistante. Ils seront donc égaux aux hommes de statut libre quant au butin.

• 4307. Si un homme, ou deux, ou trois, ou même un autre nombre qui ne constitue pas une puissance résistante —d'entre les Musulmans ou les Dhimmîs—
2177 entrent sur le territoire ennemi sans autorisation du chef de l'Etat musulman,* et qu'ils capturent des butins pour les ramener sur le territoire islamique, tout leur appartiendra: aucun cinquième gouvernemental à y prélever.

comm. Car ce sont là des aventuriers (**mutalaşşiş**). Or ce qu'on capture à titre d'aventure ne fait pas partie du butin. Le cinquième gouvernemental n'y incombe donc pas.

• 4308. Au contraire si ces mêmes gens entrent avec l'autorisation du chef de l'Etat, on prélèvera le cinquième sur ce qu'ils auront capturé.

comm. Car le chef de l'Etat musulman ne les envoie[1] que pour une cause qui constitue un renforcement de la Religion (islamique). Donc ils jouent le rôle d'un détachement que le chef de l'Etat envoie, (et non-pas de simples aventuriers privés). Donc ce qu'ils capturent est au titre du renforcement de la Religion et, par conséquent, un butin. Or dans le butin il y a à prélever le cinquième gouvernemental.

• 4309. A supposer que le chef de l'Etat ait dit à ces gens-là: "Je vous donne l'autorisation, à la condition que la moitié de vos captures sera à vous et l'autre moitié à la communauté musulmane (à l'Etat)", et s'ils l'agréent, puis qu'ils capturent

(1) Ainsi يبعثهم dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: يغنمهم

des butins, l'affaire ne sera pas pas comme l'a dite le chef de l'Etat; au contraire, on prélèvera le cinquième sur ce qu'ils auront capturé, le reste revenant à eux.

comm. Car l'autorisation du chef de l'Etat fait d'eux un groupe possédant (**de jure**) la puissance résistante, et fait de ces captures un butin régulier. A supposer que ces gens-là aient eu une puissance rèsistante et que le chef de l'Etat leur ait imposé cette même condition (de 50% d'impôt), la condition ne sera pas valide, étant donné que ce sera là une condition que n'autorise pas la Loi (**litt**. n'est pas conforme à l'exigence de la Loi). Il en sera donc de même ici (dans le cas du petit groupe autorisé), et la condition ne sera pas valide. Donc quand la condition s'annule, il faut prélever le cinquième (sur le butin), le reste revenant aux conquérants. Comme c'est la règle pour les butins en général.

• 4310. A supposer que le chef de l'Etat ait dit à ces mêmes gens: “Tout ce que vous capturerez sera à vous.* Faites donc un effort *et capturez des butins*[1]”, et 2178
s'ils sortent et capturent des butins, alors tout ce qu'ils auront capturé sera à eux, et il n'y aura pas de cinquième à y prélever.

comm. Car une telle autorisation n'a pas de validité, étant donné que même sans cette autorisation, la totalité des captures serait à eux. Ainsi cette autorisation devient caduque (sans portée), et ce sera comme si ces gens-là étaient allés sur le territoire ennemi sans l'autorisation du chef de l'Etat musulman. Or si ces gens entrent sans l'autorisation du chef de l'Etat, on ne prélève pas de cinquième sur leur capture. Il en sera donc de même ici.

• 4311. (Chaibânî) dit encore: Si le chef de l'Etat musulman envoie un détachement en territoire ennemi à partir du territoire islamique, et lui dit précisément: “Tout individu d'entre vous qui découvrira un trésor ancien ou une mine (de minerai) pour en extraire quelque chose, il l'aura”, et si quelqu'un découvre un trésor ancien, ce sera à lui, et il n'y aura pas à y prélever le cinquième. Au contraire si le (chef) leur dit, à propos du territoire islamique: “Quiconque découvrira un trèsor ancien ou une mine, il l'aura sans qu'on y prélève le cinquième gouvernemental”, et si quelqu'un découvre une telle chose sur le territoire islamique, on y prélèvera quand même le cinquième, le reste revenant à l'homme.

comm. La différence entre les deux cas est celle-ci: Si le trésor ancien proivient du territoire ennemi, la (dite découverte) aura lieu sans que les Musulmans y aient engagé des (forces militaires publiques et, par conséquent, elle ne sera pas un butin, et il n'y aura pas non plus de cinquième gouvernemental qui est le droit des pauvres; au contraire il s'agira d'une prime (**tanfîl**) offerte par le chef de l'Etat musulman avant que les butins aient été placés en lieu sûr. Une telle prime est valide. Au contraire, si le trésor ancien se trouve sur le territoire islamique, (théoriquement) les Musulmans y auront engagé des forces publiques (cf. supra IV, 300 et note), et la (découverte) sera considérée comme butin, et il y aura à y prélever

(1) La passage *_* manque à l'éd. et se lit dans le MS de Beyrouth: وأغنموا

le cinquième en faveur des pauvres. Dans ce cas, il ne s'agira pas d'une prime offerte, mais une annulation de l'impôt du cinquième, qui est destiné (par le Qur'ân) aux pauvres (etc.). Donc une telle condition n'est pas valide. Et tout pouvoir provient de Dieu.

2179

* Chapitre (207)

DE CEUX DES COMMANDANTS QUI ONT LA FACULTÉ D'INFLIGER LA PEINE DE MORT, DE RÉPARTIR LES BUTINS, DE DÉCLARER LA TERRE CONQUISE COMME TERRE SUJETTE A L'IMPOT FONCIER, ET DE CONSENTIR A ACCEPTER UN TRIBUT

• 4312. Chaibânî dit ceci: Si le calife envoie un commandant avec une armée, que celui-ci invite les mécréants à embrasser l'Islam, et que ces derniers la fassent, alors ils seront hommes libres, rien à faire contre eux, non plus que contre leurs biens ni leurs terres; leurs esclaves resteront leurs, tandis que leurs terres seront assujetties à la dîme comme la terre des Muhâjirûn et des Anṣâr (de Médine de l'époque du Prophète).

comm. Car nommer quelqu'un comme commandant implique que l'acte de la personne nommée soit comme l'acte de la personne nommante[1]. Or ici, si la personne nommante, le calife, avait invité ces mêmes gens à embrasser l'Islam et si eux l'avaient fait, leurs terres seraient au régime de la dîme. Il en sera donc de même ici.Le point juridique est qu'une terre est assujettie au régime de l'impôt foncier (**kharâj**) seulement quand on la conquiert par l'exercice de la force et quand le droit des conquérants s'y établit; mais malgré cela, on ne la répartit pas entre les (conquérants) en tant que butin, mais on la laisse en la main de ses propriétaires (conquis), coupant d'elle ainsi le droit des combattants (conquérants). Voilà pourquoi on l'assujettit au régime de l'impôt foncier, afin que cet impôt aille aux combattants et dans l'intérêt des Musulmans. Or un tel sens manque quand les habitants du territoire embrassent l'Islam de bon gré: le droit des combattants (musulmans) ne s'établit pas sur ces (vaincus), ni non plus par conséquent sur leurs terres. Voilà pourquoi on les assujettit au régime de la dîme et non à celui de l'impôt foncier.

• 4313. Si ces (ennemis) n'embrassent pas l'Islam, alors le commandant leur
2180 présentera l'alternative de devenir* des Dhimmîs (sujets non-musulmans de l'Etat islamique), et s'ils le font, ils seront des Dhimmîs. Même si le calife n'a pas donné d'instructions à ce propos, la réponse sera la même.

comm. Car quand le calife lui confie l'affaire de la guerre, on considère que lui sont confiées également les causes et les incidences et dépendances. Or la qualité

(1) Ainsi: المؤمر dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: المأمور

de Dhimmî est une incidence de la guerre, étant donné que comme on fait la guerre aux mécréants afin qu'ils embrassent l'Islam, il faut également les combattre pour qu'ils acceptent de devenir des Dhimmîs. Dieu a bien dit (9/29): **"Combattez ceux qui ne croient ni en Dieu ni... jusqu'à ce qu'ils versent la capitation (jizya) sur le revenu des mains; et qu'ils se fassent petits"**. De même Il a dit (48/46): **"...ou il vous faudra les combattre ou il leur faudra faire soumission..."** Il nous a été rapporté (cf. **supra**. 33) que quand le Prophète envoyait des détachements (armés), il enjoignait à leurs commandants de craindre Dieu, et il leur donnait comme instruction d'inviter (les ennemis) à embrasser l'Islam et, s'ils ne le faisaient pas, à accepter de devenir des Dhimmîs. On voit ainsi qu'inviter à devenir Dhimmî est une incidence de la guerre, donc ce sera considéré comme étant confié au commandant.

• 4314. Il en sera de même si le commandant de l'armée envoie un de ses capitaines, et que celui-ci invite les (ennemis) à des choses semblables: s'ils le font, alors cela aura le même effet que si l'(invitation) était le fait du commandant suprême.

comm. Car le commandant se fait remplacer par son capitaine, pour l'affaire de la guerre, et c'est là une incidence de (l'administration de) la guerre. Et puisque, si le commandant les invitait à devenir Dhimmîs et si eux le faisaient, ce serait valide. Ce sera donc également valide si c'est le capitaine que les (y) invite.

• 4315. A supposer que le commandant fasse la paix avec eux sur la condition qu'ils verseront chaque année quelque chose de déterminé, comme la capitation, ou l'impôt sur les terres, ce sera valide.

comm. Car c'est une façon d'octroyer la qualité de Dhimmîs (à ces gens-là) que d'accepter la capitation (de leur part), étant donneé que la naturalisation (comme Dhimmîs) se fait de deux façons: ou bien le commandant fait la paix avec eux sur la condition qu'ils payeront la capitation réglementée: "l'homme aisé selon sa mesure,
* l'indigent selon sa mesure" (cf. Qur-ân 2/236), ou bien la paix est contractée sur 2181
une somme globale déterminée à verser chaque année, somme dont une partie concernera leurs personnes (comme capitation) et une partie leurs terres (comme impôt foncier). Ainsi le Prophète contracta la paix avec les (Chrétiens de) Najrân contre 2000 habits à remettre chaque année au (Prophète)(1). Il fit de même avec les tribus (chrétiennes) de Taiy et de Charh(2).

• 4316. A supposer que le calife interdise au (commandant) d'agir ainsi, la chose faite par celui-ci ne sera pas valide jusqu'à ce que ce soit le calife lui-même qui le fasse à titre définitif.

comm. Car c'est à titre indicatif (et indirect) que nous avons déduit que le

(1) Voir Hamidullah, **Le Prophète de l'Islam,** I, 416.

(2) Ainsi dans l'éd. et dans les MSS, mais l'endroit est inconnu dans la vie du Prophète. Peut-être y a-t-il faute d'un ancien copiste pour "Jarbâ' et Adhruh", pour lesquelles voir Hamidullah, **op. cit.**, I, 228; et pour le texte du traité conclu avec elles, voir Hamidullah, **Corpus des Documents,** N 20.

(commandant) était autorisé à conclure la paix et à rendre définitives les conditions; mais si l'interdiction est précisée on prendra en considération la précision, et non l'indication indirecte, pour l'application; et c'est la calife qui rendra définitf le (traité) conclu entre lui et eux.

suite: (Après leur capitulation devant le commandant-délégué), s'ils agréent ce que fait le calife... sinon, on les rendra à leur lieu de sécurité, dans le cas où le calife refuserait d'exécuter les termes arrêtés par le commandant et agréés par ces gens-là.

comm. Car le traité provisoire arrêté par le commandant comporte implicitement, même s'il n'est pas exécuté, un aman. Donc quand ils n'agréent pas les termes définitifs arrêtés par le calife, (si on les tuait ou les prenait pour prisonniers de guerre), ce serait violation de la protection accordée et profanation de l'engagement.

• 4317. A supposer que ces (ennemis en guerre) refusent aussi bien d'embrasser l'Islam que de devenir des Dhimmîs, alors les Musulmans les combattront. Donc quand ils les combattent et les vainquent, eux et leur territoire avec ce qui s'y trouve, alors personne n'a la faculté de molester quoi que ce soit de ce butin ou autre chose (capturée) jusqu'à ce qu'on en ait référé au calife: si le calife le veut, il répartira tout comme butin, en prélevant le cinquième gouvernemental en faveur des orphelins et des pauvres (etc., cf. Q. 8/41) et en remettant les 4/5 aux conquérants; et s'il le veut, il comblera les (vaincus) de faveur et les laissera hommes libres pour payer la capitation pour leurs personnes et l'impôt foncier pour leurs terres.

2182 * **comm.** Car le commandant a compétence sur son armée, mais non sur la communauté générale des Musulmans. Or c'est l'intérêt de la communauté musulmane en général qui est concerné si les (vaincus) sont traités en butin ou comblés de faveur. La raison en est que si l'on distribue les (vaincus comme butin), la terre (conquise) devient sujette à la dîme; et la dîme est destinée aux besogneux, jusqu'à la fin du monde. Au contraire si on les comble de faveur, la terre (conquise) devient sujette à l'impôt foncier; et l'impôt foncier est destiné aux combattants et aux intérêts généraux des Musulmans, jusqu'â la fin du monde. Il est donc établi que distribuer (les vaincus) en butin (comme esclaves) ou les combler de faveur est une disposition visant la commuanuté musulmane en général. C'est là une chose qui dépend du calife et non d'un commandant de l'armée.

• 4318. De même aucun commandant au-dessous du calife n'a la faculté de mettre à mort les combattants (ennemis capturés), même s'il les a vaincus, les a fait prisonniers et les a dominés.

comm. Car la mise à mort (des prisonniers) est en quelque sorte une faveur[1] envers (les prisonniers), vu que le droit des conquérants est ainsi annulé.

(1) Les prisonniers doivent être répartis comme butin. Si le commandant ne le fait pas, c'est qu'il les comble de faveur. S'il les libère ou les rend Dhimmîs, cela se comprend, mais assimiler la mise à mort à une faveur" exige trop d'indulgence de la part du lecteur.

• 4319. Et nous avons mentionné que le (commandant) n'a pas le droit de combler (les prisonniers) de faveur sans demander l'avis du calife. De même donc il n'a pas la faculté de (les) mettre à mort, car la mise à mort est considérée comme le partage du butin. Et comme il n'a pas le droit du partage, il n'a pas le droit de la mise à mort. Mais ce sera ainsi si le commandant ne craint rien de leur part contre les Musulmans. Au contraire, s'il craint du mal de leur part pour les Musulmans, alors pas de grief à ce qu'il mette à mort les hommes parmi les (prisonniers), sans (demander) l'autorisation du calife.

comm. Car s'il a à craindre d'eux, il peut les tuer pendant les combats. Donc, les tuer dans le cas présent ou pendant les combats, c'est pareil.Un cas semblable est celui que nous avons déjà mentionné, à savoir que si les Loyalistes prennent des prisonniers parmi les Khârijites (rebelles),* ils ne les mettront pas à mort si les 2183
(Loyalistes) sont rassurés vis-à-vis des (rebelles), mais s'ils ne sont pas rassurés à leur endroit, et qu'ils craignent que les (prisonniers rebelles) puissent rejoindre une poche (de rèsistance) des leurs, alors on pourra dépêcher (=tuer, achever) les blessés d'entre eux, et mettre à mort les prisonniers d'entre eux. Il en sera donc de même ici.

• 4320. Si le calife nomme quelqu'un (comme commandant) d'une armée dirigée contre les mécréants, et que celui-ci capture sur le territoire ennemi des hommes, des femmes et des biens, sans pour autant prendre le territoire, et s'il les ramène sur le territoire islamique, alors pas de grief à ce qu'il les partage, prélevant le cinquième gouvernemental en faveur des pauvres et répartissant les 4/5 entre les conquérants, et tout cela sans attendre l'autorisation du calife.

comm. Car si on n'a pas pris leur territoire, le calife n'a pas le droit de combler les (ennemis) de faveur —en rendant les biens à leurs propriétaires d'origine— mais il est de son devoir de prélever le cinquième gouvernemental et de répartir les 4/5 entre les conquérants. En effet dans les 4/5 du butin il n'y a de droit que pour les combattants, alors que le droit des bénéficiaires du cinquième gouvernemental n'est qu'une incidence du droit des combattants.

• 4321. De même si un (commandant) a compétence sur une armée, il a compétence sur les bénéficiaires du cinquième gouvernemental aussi. Donc la disposition prise ici par le commandant ne concerne que ceux sur qui il a compétence et, par conséquence, il lui est licite de s'en occuper. Au contraire du cas où le commandant aurait pris le territoire (ennemi) aussi.

comm. Car, (dans un tel cas), c'est le calife qui aura le droit de combler (l'ennemi) de faveur, et ce droit-là vise la communauté des Musulmans. Donc si le commandant prenait ladite disposition, sa compétence s'étendrait aussi bien à son armée qu'à la totalité de la communauté musulmane. De cela il n'a pas le droit de s'occuper.

suite: Et si le (calife) interdit au (commandant) de s'occuper du partage, celui-ci n'aura pas de compétence pour le partage non plus.

comm. * Car l'autorisation (pour le partage) s'établit en faveur du 2184

(commandant) à titre allusif (**dalâla**, implicite), alors que l'interdiction est venue ici de façon explicite. Or une chose allusive (implicite) ne tient pas contre une chose précisée.

•4322. Si le calife envoie quelqu'un comme commandant de l'armée, et quelqu'un d'autre comme officier chargé du partage etc., alors la compétence pour le partage appartiendra à celui qui a été envoyé expressément pour le partage, et non au commandant;—

comm. Car si le (calife) interdit au (commandant) de s'occuper du partage, cette interdiction sera opérante (exécutoire), donc s'il confie l'affaire du partage à quelqu'un d'autre que le (commandant de l'armée), cette disposition sera aussi opérante. La raison en est que le partage exige qu'on soit bon gardien et honnête, tandis que le commandement de la guerre exige (=a besoin) du courage et de l'audace. Il est donc loisible au (calife) de diviser les compétences, en confiant la charge du partage à celui qui est le meilleur et le plus honnête gardien du butin, et la charge de la guerre à celui qui est le plus courageux et le plus audacieux;—

• 4323. Sauf si le calife associe (l'un) à l'autre, auquel cas le partage appartiendra aux deux.

comm. Car cela veut dire que le (calife) confie la charge de la guerre uniquement au commandant et la charge du partage des butins aux deux (officiers) en commun. Il faut donc qu'en toutes choses on prenne en considération la délégation du calife.

suite: Si celui qui a la charge du partage est d'avis de vendre (le butin) avant de le partager, cette vente est valide.

comm. Car il arrive parfois qu'on ne peut pas partager les choses elles-mêmes, par impossibilité de les diviser en quotes-parts équivalentes. On a alors besoin de les vendre et de partager leur prix. Ainsi la vente devient une incidence du partage. Et donc, à toute personne à qui on confie la charge du partage inconditionnellement, se trouve confiée également celle de la vente, qui n'est qu'une incidence[1] du partage. Cela à l'instar du cas où quand on confie globalement à quelqu'un la charge de la guerre, les causes et les incidences lui sont aussi confiée.

• 4324. A supposer que le commandant ait compétence pour le partage aussi,
2185 et qu'il soit d'avis de mettre à mort * les combattants (parmi les prisonniers) et de ne pas les partager —voyant en cela l'intérêt des Musulmans— alors pas de grief à ce qu'il les mette à mort, aussi bien sur le territoire ennemi que quand il les a ramenés (sur le territoire islamique);—

comm. Car, quand il a la faculté de disposer d'eux par la vente et par le partage, il a la faculté d'en disposer aussi par la mise à mort;—

suite: A moins qu'il soit parvenu en leur compagnie jusqu'au calife.

(1) A lire: تبع , l'éd. portant : بيع

comm. Car, dès qu'il est revenu en leur compagnie devant le calife, il quitte sa qualité du commandant, étant donné que son commandement est une chose temporaire, valable tant qu'il est loin du calife (chef de l'Etat), et dès qu'il rejoint le calife, son commandement cesse. Donc il ne lui est plus loisible, après cela, de prendre des dispositions. Le cas devient alors comme celui d'un commandant de l'armée qui envoie un détachement sur le territoire ennemi: alors le capitaine du détachement a le droit de prendre des dispositions concernant le détachement, tant qu'il est loin du commandant de l'armée, mais quand il rejoint l'armée-mère, son droit de prendre des dispositions cesse d'exister. Il en sera donc de même ici.

• 4325. Il en est de même du délégué à un achat: celui-ci a la faculté de rendre la marchandise à cause d'un défaut, tant que la marchandise est en sa main; mais une fois qu'il l'aura remise au délégant, il n'a plus le droit de la rendre, vu que sa délégation a pris fin. Il en sera donc de même ici.

Si l'officier chargé du partage des butins est autre que le commandant de l'armée, alors l'officer du partage n'a pas la faculté de mettre à mort les prisonniers (ennemis).

comm. Car le (calife) lui a confié la fonction de partager les butins, et non celle de mener la guerre, et comme la mise à mort fait partie de la guerre, l'officier de partage n'a donc pas la faculté de l'appliquer.

• 4326. A supposer que le partage appartienne à quelqu'un d'autre que le commandant de l'armée, puis que les Musulmans capturent des butins, y compris quelques combattants (ennemis), et que le commandant veuille les mettre à mort, alors il faut distinguer: Si les Musulmans sont toujours occupés aux combats, alors pas de grief à ce que le commandant mette ces hommes à mort;—

comm. * Car la mise à mort du prisonnier se situe à ce moment de la guerre, et 2186
c'est au (commandant) qu'on a confié l'administration de la guerre;—

suite: Au contraire si les mécréants ont déjà été mis en déroute, et que les prisonniers restent en la main des Musulmans, il faut distinguer: Si les Musulmans les craignent, ou craignent qu'un renfort leur arive et qu'ils le rejoignent, alors les (Musulmans) ont la faculté de les mettre à mort.

comm. Car tant que la guerre continue de subsister, les combats durent. Puisque le (commandant) a la faculté de les tuer pendant les combats, il en sera de même dans le cas présent.

• 4327. Mais si les Musulmans ne les craignent plus, alors il faut que le commandant ne les mette plus à mort.

comm. Car ces (prisonniers) sont devenus un butin pour les Musulmans, et l'officier chargé du partage a obtenu le droit de les partager, donc le commandant de l'armée n'a plus la faculté de les mettre à mort.

suite: Toutefois si le commandant les met à mort, il n'est redevable de rien, étant donné qu'il s'agit de belligérants qui ne jouissent d'aucun aman. En effet si

quelqu'un d'autre que le commandant les tuait, il ne serait redevable de rien. Il en sera de même du commandant à plus forte raison, et rien ne pèsera sur lui. Toutefois ce sera une mauvaise action de sa part.

comm. Car c'est bien un meurtre, et le meurtre ne lui est pas licite.

• 4328. Mais si le commandant a aussi la charge du partage des butins, alors il a la faculté de mettre à mort les (prisonniers).

comm. Car personne d'autre que lui n'a la responsabilité de s'occuper du partage. Donc il aura la faculté, comme la calife l'aurait, de mettre à mort (les
2187 prisonniers ennemis).* L'indice à cette (règle) est le récit qui dit qu'on amena des prisonniers devant (le calife) ʿUmar ibn ʿAbd al-ʿAzîz, et que celui-ci les gracia tous sauf un seul; en effet on lui avait rapporté que ce (prisonnier) avait versé beaucoup de sang de Musulmans, et c'est pourquoi il le mit à mort.

• 4329. (Chaibânî) dit encore: Si un gouverneur de la région frontalière envoie un détachement dans le territoire ennemi, que ce détachement capure des butins dans lesquels se trouvent des combattants (ennemis), et qu'on les amène dans le territoire islamique, le commandant du détachement n'a rien à faire avec le partage, une fois qu'il est rentré sur le territoire islamique.

comm. Car son commandement était chose temporaire, pour le temps qu'il était loin du gouverneur. Donc quand il rejoint le gouverneur de la frontière, son commandement prend fin et, par conséquent, il n'a plus la faculté de prendre des dispositions. En effet il est comme le commandant d'une armée que le calife aurait envoyé: quand celui-ci rejoint le calife, il n'a plus la faculté de répartir les butins. Il en sera donc de même ici, et ce sera au gouverneur de la frontière de décider: s'il le veut, il mettra les combattants (ennemis) à mort et répartira le reste du butin et, s'il le veut, il renoncera à la mise à mort et répartira le butin tout entier.

• 4330. A supposer que le gouverneur de la frontière n'interdise pas au commandant du détachement, au moment où il l'envoie vers le territoire de mécréance, du procéder au partage du butin, puis que ce (commandant) soit d'avis de répartir sur le territoire ennemi ce qu'il aura capturé, et qu'il partage le butin et prélève le cinquième gouvernemental, ce sera valide de sa part.

comm. Car tant qu'il est sur le territoire ennemi, il est l'officier compétant et, en outre, personne d'autre que les membres du détachement n'a de droit sur ce butin capturé. Voilà pourquoi il lui est loisible de procéder au partage.

• 4331. De même s'il est d'avis de mettre à mort les combattants (d'entre les prisonniers ennemis) avant de rentrer (sur le territoire islamique), pas de grief à faire là-contre.

comm. Car la partage est de sa compétence. Donc la mise à mort le sera aussi.

2188 **suite:** * Au contraire si le (gouverneur) lui a interdit de procéder au partage, alors il n'aura pas la faculté d'y procéder; non plus que de mettre à mort aucun des combattants (ennemis capturés).

comm. Car c'est le gouverneur qui l'a nommé; et donc il ne doit pas transgresser les instructions du (gouverneur), sauf si le (commandant) craint quelque chose de la part des prisonniers; auquel cas il a la faculté de les mettre à mort, au même titre qu'il les mettrait à mort durant les combats.

• 4332. Si une armée (musulmane) entre sur le territoire ennemi, commandée par un homme qui a été nommé par le calife; et si, après l'entrée sur le territoire ennemi, ce commandant envoie des détachements mais qu'il ne leur promette pas de prime (**tanfîl**), et si les détachements capturent quelque butin, alors aucun des commandants (capitaines) des détachements n'aura la faculté de partager quoi que ce soit de ces butins avant de les avoir ramenés dans le campements (de l'armée-mère).

comm. Car l'armée sert de refuge (asile et secours) au détachement. Elle a donc le droit de participer avec le (détachement) aux captures de ce dernier. Quant au commandant du détachement, il a compétence sur le détachement et non sur l'armée entière. Donc s'il était loisible pour le commandant du détachement de partager le butin, il annulerait le droit de l'armée (à la participation du butin) sans avoir de compétence sur elle. Cela n'est pas valide.

• 4333. Au contraire, si le détachement qui entre (sur le territoire ennemi) *à partir du*[1] territoire islamique capture des butins, puis que le commandant du détachement répartisse dans le détachement ce qu'il a capturé, ce sera valide.

comm. Car personne d'autre que les (membres du) détachement n'a de droit sur ce qu'a capturé ce détachement, et la disposition prise par ce commandant ne dépasse pas son détachement, ni ne nuit donc aux intérêts des autres. Puisqu'il a pleine compétence sur le détachement, le partage qu'il effectue à son propos est valide.

suite: Si le commandant de l'armée donne l'ordre au capitaine du détachement de vendre ce qu'on capturera —ou de répartir dans le détachement ce qu'il capturera— et si le (capitaine) le fait, ce sera valide, et les autres membres de l'armée-mère n'auront pas de quote part dans ce que le (capitaine) répartira.

comm. Car si le commandant suprême lui donne l'ordre de répartir, cela signifie qu'il cède au (capitaine du détachement) tout ce que le détachement aura capturé en butin, et qu'il en coupe le droit de l'armée-mère. En outre, bien que ce soit, de la part du (commandant), une rémunération (**ju'l**) (en faveur du détachement), il s'agit là de quelque chose (de controversé) où il est permis de décider * selon son opinion, en faisant l'effort de raisonnement (**ijtihâd**); car les 2189
apparences de la parole du (calife) 'Umar: "le butin appartient à celui qui a assisté à la rencontre (avec l'ennemi)" veulent que les captures appartiennent uniquement au détachement. Donc si le commandant de l'armée donne l'ordre (au capitaine du détachement) de répartir le butin (capturé par ce dernier), il ne fait que donner un

(1) Le mot **min** ("à partir de") manque à l'éd., mais nous le suppléons d'après le MS de Beyrouth.

ordre conforme à cette parole (de 'Umar). On sait que quand l'ordre d'un commandant tranche dans un sens un problème sur lequel les avis des juristes sont partagés, son ordre sera exécutoire, même si cela coupe le droit qu'aurait l'armée-mère sur ce que le (détachement) a capturé; car le (commandant suprême) a compétence sur l'armée. Voilà pourquoi le partage effectué par le capitaine du détachement sera valide.

• 4334. A supposer que le commandant suprême de l'armée envoie quelques détachements, en leur promettant des primes (**nafal**) (sur le butin) et qu'il dise à l'un des détachements: "Quiconque capture une tête (=un prisonnier) elle sera à lui", et à l'autre: "Après avoir prélevé le cinquième gouvernemental, vous aurez le quart de ce que vous capturerez (comme prime, en sus de ce que vous aurez partagé avec toute l'armée)", et au troisième détachement: "Quiconque capture une tête, il en aura la moitié (comme prime)", si les détachements partent et capturent des butins, dont quelques combattants (ennemis), alors il faut que le commandant suprême ne mette à mort aucun de ces (prisonniers).

comm. Car déjà si ces prisonniers ne tombent pas dans la prime octroyée, le commandant n'aurait la faculté de mettre à mort aucun des combattants (capturés); donc s'ils sont assujettis à la prime, le commandant ne devra pas, à plus forte raison, les mettre à mort.

• 4335. Et quand les (détachements) reviennent avec ces (prisonniers) dans le campement (de l'armée-mère), alors il faut que le commandant suprême de l'armée ne mette à mort aucun de ces (prisonniers).

comm. Car dès la capture, la prime pour ceux à qui elle est promise s'impose. Or la prime est un droit particulier à l'ayant droit, personne d'autre n'y participant avec lui(1). Ainsi la prime devient comme le butin du conquérant, quand le butin lui est remis après le partage: le commandant suprême n'a plus la faculté, après le partage, de mettre à mort un combattant (ennemi partagé en butin). Il en sera de même ici, et le (commandant) ne saura mettre à mort aucun d'eux, eu égard au droit à la prime (promise).

2190 • 4336. * Exception faite du cas où le (commandant suprême) les craindrait pour les Musulmans—ou s'il voit qu'une armée de mécréants se dirige contre lui, en sorte que si elle arrivait, les prisonniers aideraient cette (armée ennemie) contre lui: dans ce cas, pas de grief à ce qu'il mette à mort les (prisonniers ennemis promis en prime au détachement).

comm. Car le bon sens (**maṣlahà**) et l'intérêt général des Musulmans l'exigent. Donc cet état de choses, et le moment où les combats sont en cours, seront pareils.

• 4337. Si une armée de Musulmans entre sur le territoire ennemi, dirigée par un commandant nommé par le calife, et qu'elle pousse très loin(2) dans le territoire

(1) cf. supra • 200, 201, 764.

(2) L'éd. porte: فدخلوا certains MSS ont: فاجتمعوا فى le savant traducteur turc 'Aintâbî propose: فامعنوا فى etc'est ceci que nous suivons.

ennemi, qu'elle laisse derrière elle un nombre considérable de ville ennemie et qu'elle s'installe devant une de leurs villes, si les Musulmans invitent les (ennemis) à embrasser l'Islam et si eux l'acceptent, alors les Musulmans accepteront d'eux qu'ils embrassent l'Islam (et renonceront à la guerre).

comm. Car la guerre est légalisée pour faire accepter l'Islam. Dieu a bien dit (Q. 48/16): **"... ou il vous faudra les combattre, ou il leur faudra faire soumission (=embrasser l'Islam)..."** Donc s'ils embrassent l'Islam, il est obligatoire d'accepter cela d'eux; et ensuite le commandant les laissera sur leur territoire et nommera sur eux un commandant (gouverneur) musulman, qui les gouvernera selon la loi islamique. La raison en est que la ville est devenue territoire islamique, et il est indispensable qu'il y ait un commandant pour appliquer la loi islamique.

suite: A supposer que, si ladite armée musulmane s'éloignait de cette peuplade-là celle-ci ne saurait pas se défendre contre les ennemis en guerre, et à supposer aussi que la peuplade refuse de se transférer sur le territoire islamique
(plus sûr), alors le commandant la laissera avec ce qu'elle a choisi * pour elle. En 2191
effet elle a mal agi dans son choix. Donc il la laissera avec son mauvais choix, et ne le contraindra pas à se transférer (à émigrer);—

comm. Car il s'agit de Musulmans de statut libre, résidant dans une ville des Musulmans. On ne les contraindra donc pas à se transférer (en d'autres régions);—

suite: Il ne laissera chez cette peuplade aucun des Musulmans (de son armée)— à cause de la crainte qu'il ya aurait pour lui— sauf s'il (le soldat) le veut de bon gré.

comm. Car s'il le fait (et y laisse une garnison), il y a risque de l'exposer à la destruction. Or il n'est pas licite d'exposer personne au risque de la destruction, sauf si la personne l'agrée.

• 4338. A supposer que cette peuplade (assiégée) refuse d'embrasser l'Islam, et que les Musulmans l'invitent à payer la capitation, si elle l'accepte tout en refusant de se transférer (démigrer) de leur territoire et si elle demande: "Donnez-nous la qualité de Dhimmî (**'ahd**), sur la condition que nous resterons dans cette place sans la quitter, alors il faut distinguer: Si les Musulmans trouvent que de rester avec cette (peuplade) les renforcera pour combattre les ennemis en guerre et que dans cet endroit ils pourront se défendre contre eux, alors pas de grief à ce que le commandant musulman déclare ces gens comme Dhimmîs et nomme sur eux un gouverneur musulman pour les gouverner selon la loi islamique, et qu'il laisse avec ce gouverneur assez de Musulmans pour lui permettre de rester avec ces Dhimmîs dans leur territoire;—

comm. Car il est obligatoire d'accepter (de leur donner) la qualité de Dhimmîs, Dieu ayant bient dit (Q 9/29): **"...jusqu'à ce qu'ils versent la capitation sur le revenu des mains, et qu'ils se fassent petits"**. Cela veut dire qu'ils prennent la qualité de Dhimmîs, étant donné que le gouverneur musulman leur appliquera la

loi islamique et, par l'application de cette loi, ils seront des Dhimmîs, leur ville devenant territoire islamique. Donc le (commandant) acceptera cela de leur part;—

2192 • 4339. * Au contraire, si cet endroit-là n'est pas capable de résister aux ennemis en guerre, malgré les (soldats) musulmans que le (commandant) y laisserait, et qu'on ne soit pas capable d'y appliquer la loi islamique, alors les Musulmans n'ont pas la latitude d'accepter leur demande de la (qualité de Dhimmîs); et on ne leur donnera la qualité de Dhimmîs que quand ils émigreront avec leurs familles en territoire islamique.

comm. Car un territoire de mécréance ne devient territoire islamique que quand on y applique la loi islamique. Les mécréants deviennent Dhimmîs quand on leur applique la loi islamique. Or ici le commandant musulman est incapable de leur appliquer la loi islamique. Donc ces gens-là ne sont que comme des gens en trêve. Mais quand les ennemis en guerre demandent la trêve avec les Musulmans, il n'incombe pas aux Musulmans de faire la trêve avec eux, sauf quand il y a en cela un bien manifeste pour les Musulmans. Il en sera donc de même ici: il ne nous incombera pas d'accepter (de leur donner) la qualité de Dhimmîs. Cela au contraire du cas où ils veulent embrasser l'Islam: car l'islamisation est correcte sans que le chef de l'Etat musulman ait à l'accepter. Donc s'ils embrassent l'Islam, ils deviennent Musulmans et, par conséquent, le commandant ne pourra plus les molester après leur conversion; mais ils laissera seulement chez eux un homme (gouverneur) pour leur appliquer la loi islamique, si cela est possible; sinon ils les laissera tels quels (à leur sort). En effet les habitants de Najrân[1] et d'al-Yamâma avaient embrassé l'Islam, cependant qu'entre eux et le Prophète (à Médine) s'interposaient beaucoup de peuplades paiennes, mais malgré cela le Prophète laissa ces (convertis) à leur sort (dans leur territoire)[2].

• 4340. A supposer que ces (ennemis qui veulent devenir Dhimmîs) acceptent d'émigrer en territoire islamique, alors il ne faut pas que les Musulmans le leur refusent, même s'ils savent qu'ils peuvent les conquérir par l'exercice de la force.

comm. Car en ce moment ces (ennemis) sont en état de puissance résistante et, pour cette raison, ils ne sont pas devenus butin pour les Musulmans. Voilà pourquoi il faut qu'on accepte leur offre (de soumission et d'émigration) et qu'on s'abstienne de les (combattre).

2193 **suite:** * Si les Musulmans laissent dans cette (ville) un groupe (une garnison) de Musulmans qui soit en mesure de résister victorieusement aux mécréants en guerre pourvu que ces Dhimmîs l'y aident, et si les habitants de la ville disent:

(1) La mémoire semble faire défaut à Sarakhsî dans la prison. Les Chrétiens de Najrân n'avaient point embrassé l'Islam, mais étaient seulement devenus Dhimmîs, et le Prophète nomma un gouverneur musulman chez eux. (cf. **Le Prophète de l'Islam**, par Hamidullah, I, 412 et suiv.) A moins qu'il ait pensé à leurs voisins, les Balkhârit. Sur al-Yamâma, **ibidem,** I, 269.

(2) On sait que le Prophète demandait en principe l'émigration des petits groupes de convertis, mais il laissait dans leurs pays, même loin du territoire islamique, ceux qui avaient une puissance résistante pour se défendre contre leurs ennemis non-Musulmans.

"Nous voulons devenir Dhimmîs vos sujets, et vous laisserez un groupe (une garnison) en compagnie duquel nous combattrons, alors il ne faut pas que le commandant musulman le fasse.

comm. Cela pour deux raisons. D'abord parce qu'il ya là le risque d'exposer les Musulmans à la destruction, vu que les Dhimmîs sont des non-Musulmans, et qu'il n'y a pas sécurité contre le (risque) qu'ils ne trahissent les (Musulmans) et ne les massacrent. Une autre raison en est que, si les Musulmans sont incapable d'appliquer la loi islamique autrement que par le consentement des Dhimmîs, ce sera comme si c'étaient les Dhimmîs qui appliquaient les lois islamiques. Or la loi islamique ne peut être appliquée que par des (juges) musulmans(1).

• 4341. Si des apostats demandent la trêve aux Musulmans, afin de réfléchir à leur afffaire, pas de grief à faire aux Musulmans s'ils font l'armistice (**muwâda'a**) avec eux. Cela en vue de récit sur (le calife) 'Umar, qui a dit: "Pourquoi ne l'avez-vous pas incarcéré dans une maison et muré sa porte et demandé sa repentance(2) pendant trois jours", (avant de punir pour l'apostasie).

comm. Si cette règle s'établit à propos d'un individu, elle s'établit aussi à propos d'un groupe.

• 4342. Si des rebelles musulmans, comme les Khârijites et autres, demandent aux Loyalistes musulmans une trêve (armistice), afin de réfléchir à leur affaire, pas de grief à ce que les Loyalistes le fassent;—

comm. Car ces (rebelles) sont des Musulmans. Ils méritent donc plus que les apostats qu'on fasse trêve avec eux;—

suite: Toutefois il ne faut pas que les Loyalistes reçoivent d'eux le tribut (**kharâj**) pour cette (trêve).

comm. * Car le tribut ressemble à la capitation; et les (apostats) étant des 2194
Musulmans (d'origine), on ne percevra pas d'eux le tribut.

• 4343. Et même si on l'a reçu d'eux, ce tribut sera gardé en suspens. Puis s'ils se repentent, on le leur rendra.

comm. Car les biens des rebelles ne sont pas susceptibles d'être pris en butin, mais (quand on les capture) on le leur rend.

Ne vois-tu pas que 'Alî avait rendu aux rebelles leurs biens, et même le pot où le chien s'abreuvait(3)? Si les (propriétaires rebelles) sont tués, on rendra (leurs

---

(1) L'éd. porte: ولا يجريها إلا المسلمين , grammaticalement faux, le MS de Beyrouth a sauté sur ce passage, mais dans son **Taisir** 'Aintâbî cite correctement: لا يجريه إلا المسلمون

(2) Ainsi استتيبوه , selon 'Aintâbî, l'éd. portant: استتيبوه

(3) Apparement il y a encore une fois une petite défaillance de mémoire de Sarakhsî. En effet un tel incident est rapporté à propos des Banû Jadîma, du temps du prophète. Ils n'étaient pas des rebelles. Le commandant musulman les avait pris pour de simples non-Musulmans et mis à mort certains de leurs prisonniers, bien qu'ils fussent Musulmans. Le Prophète désavoua l'acte de son commandant, et envoya 'Alî pour dédommager. (cf. Hamidullah, op. cit., I 314-315) A lire ميلغة الكلب , l'éd portant: بلغة الكلب

biens) à leurs héritiers; et si on ne leur connaît pas d'héritiers, les biens seront comme la chose perdue dans la rue, qu'on ramasse et qui reste en la main du chef de l'Etat musulman[1].

• 4344. Si (après la conclusion de la trêve) ces rebelles ne rentrent pas dans le loyalisme et ne se repentent pas, et qu'entretemps un Musulman (loyaliste) détruise quelques biens leur appartenant et que les (Loyalistes) musulmans leur auraient arrachés, ce Musulman sera tenu pour responsable d'en dédommager.

comm. Car ces rebelles sont en trêve. Donc leurs biens jouissent de l'aman de la part des Musulmans. S'il s'agissait de mécréants en trêve, et qu'un Musulman eût détruit quelques biens leur appartenant, ce Musulman sera redevable de dédommagement. Donc il devra dédommager ici à plus forte raison.

• 4345. A supposer, au contraire, que ces (rebelles) n'aient pas contracté de trêve, et qu'un (Loyaliste) musulman prenne quelques biens leur appartenant, alors si "la guerre dépose ses charges"[2] (=s'arrête), on leur rendra ces biens; mais si quelqu'un les détruit au moment où ces (rebelles) sont encore en état de guerre (active), il ne sera pas redevable de dédommagement.

comm. Car si ce (Musulman) détruit la personne même de ce (rebelle) il n'est pas redevable d'en dédommager (par prix du sang par exemple). De même s'il détruit ses biens, il n'en dédommagera pas.

• 4346. A supposer que ce (Loyaliste) ne détruise pas ces biens, puis que "la guerre dépose ses charges", et que les (reblles) se dispersent puis qu'ils se repentent, si par la suite un (Loyaliste) détruit ces biens, il sera redevable d'en dédommager le propriétaire d'origine ou ses héritiers.

2195 **comm.** * Car au moment de la desturction, il s'agissait des biens d'un Musulman qui n'était pas en guerre (de rebellion). Donc le (destructeur) en dédommagera comme c'est le cas des autres biens[3] des Musulmans (en général). Et Dieu sait mieux.

• 4347. Si le commandant d'une armée de Musulmans conquiert[4] un fortin des mécréants d'entre les ennemis en guerre, et s'il y a dans ce fortin un souterrain **(matmûra)**[5] où il y a un groupe qui livre des combats aux Musulmans, et que ce groupe embrasse l'Islam (après la réduction de cette poche de résistance), alors il faut distinguer: Si les Musulmans les ont dominés, ceux-ci feront partie du butin comme les autres gens faits prisonniers; on en prélèvera le cinquième gouvernemental, et le reste appartiendra à celui qui les a capturés.

(1) En effet on crie pendant un an la chose qui a été trouvé dans la rue, puis elle est affectée aux pauvres. Cf. **supra**, IV, 299.

(2) Expression qu'ânique 47/4.

(3) Ainsi أموال selon 'Aintâbî, l'éd. portant: الحوال

(4) Curieusement l'auteur emploie ici le pluriel: أمير الجند من المسلمين إقتتموا

(3) Cf. **supra** • 1500.

comm. Car si ces (ennemis) ne possèdent pas la puissance rèsistante, et qu'ils soient en état de dominés, alors ils sont tombés en la main des Musulmans avant d'avoir embrassé l'Islam. Si de telles gens embrassent l'Islam, cela n'annule pas le droit des (conquérants) musulmans.

suite: Toutefois on ne les mettra pas à mort.

comm. Car ces (prisonniers) sont des Musulmans. En effet l'Islam les protège contre la mise à mort, mais ne les protège pas contre la réduction en esclavage, (vu qu'ils ont embrassé l'Islam après la capture).

• 4348. Au contraire, s'ils ont une puissance résistante dans le souterrain, et qu'il soit impossible de les atteindre autrement que par des combats, et si l'avis prépondérant des Musulmans est qu'on pourra les vaincre, et qu'alors ces (ennemis) embrassent l'Islam, ils seront quand même hommes libres, et rien à faire contre eux.

comm. Car s'ils ont la puissance résistante, ils sont une armée. Donc ils ne seront pas considérés comme étant tombés en la main des Musulmans. Tels sont les gens qui embrassent l'Islam avant de tomber en la main des Musulmans. Voilà pourquoi ils seront hommes libres, vu qu'un Musulman ne peut pas être réduit en esclavage.

• 4349. Et ce sera comme les occupants d'un fortin assiégé: s'ils embrassent l'Islam alors qu'ils sont encore assiégés, ils seront hommes libres, et rien à faire contre eux. Il en sera donc de même ici.

* Il en sera de même si ces occupants du souterrain sollicitent des Musulmans
de leur octroyer la qualité de Dhimmîs, et qu'ils émigrent en leur compagnie sur le 2196
territoire islamique, il faut distinguer: Si les (occupants du souterrain) ne possèdent pas de puisance résistante, les Musulmans ont la latitude de ne pas leur octroyer la qualité de Dhimmîs;—

comm. Car ces (ennemis) sont tombés en la main des Musulmans, et la captivité s'est instaurée en eux. Or si quelqu'un veut devenir Dhimmî (en tant qu'homme libre) après que la captivité s'est instaurée en lui, on ne le lui accordera pas;—

• 4350. Au contraire les (Musulmans) pourront, s'ils le veulent, les traiter en butin; et s'ils le veulent, mettre à mort les combattants et réduire en esclavage les familles (femmes et garçons mineurs). Et si les (ennemis) possèdent la puissance résistante, et si les Musulmans sont d'avis qu'on peut les vaincre (et que ces ennemis demandent alors de devenir des Dhimmîs), il ne faut néanmoins pas que le commandant musulman le leur refuse; au contraire il les déclarera hommes libres et Dhimmîs.

comm. Car si ces (ennemis) demandent à devenir Dhimmîs avant qu'ils soient devenus un butin, on ne le leur réfuserait pas, vu que la qualité de Dhimmî est un substitut de l'Islam, en ce qui concerne les affaires d'ici-bas.

• 4351. (Chaibânî) dit: Si le commandant de l'armée musulmane assiège

quelque ville d'entre les villes de l'ennemi, et que certains de ses occupants disent: "Nous voulons embrasser l'Islam", et que certains autres disent: "Nous voulons devenir des Dhimmîs, mais nous ne voulons pas quitter nos maisons", il faut distinguer: Si les Musulmans sont assez forts pour laisser chez ces gens un gouverneur musulman qui soit capable de combattre les ennemis qui (éventuellement) s'y présenteraient, et qui applique la loi islamique en les gouvernant, le commandant (assiégeant) le fera;—

2197 **comm.** * Car il est possible d'appliquer les lois islamiques chez eux c'est-à-dire dans leur territoire, et que le territoire devienne territoire islamique à cause qu'on y applique les lois islamiques. Donc le chef de l'Etat musulman le déclarera territoire islamique; et ses habitants, Dhimmîs;—

• 4352. Au contraire, si les Musulmans ne sont pas assez forts pour laisser chez ces gens-là quelqu'un qui puisse combattre les ennemis en guerre, on n'acceptera, de ces gens qui veulent devenir Dhimmîs, rien d'autre que de quitter ce territoire et d'émigrer en territoire islamique.

comm. La raison en est celle que nous avons dite, à savoir que leur (véritable) propos n'est pas de devenir Dhimmîs mais de conclure une trêve. Or les Musulmans ne sont pas obligés de conclure la trêve avec eux.

• 4353. Toutefois ceux d'entre les ennemis qui embrassent l'Islam seront hommes libres, et on ne les empêchera pas de continuer de rester dans leur pays d'origine.

comm. Car un Musulman, sous statut de liberté n'est pas contraint d'émigrer d'un territoire en un autre que le sien.

• 4354. Si ces convertis (**litt.** Musulmans) disent: "Laissez chez nous un groupe de Musulmans pour nous renforcer contre les ennemis en guerre, le chef de l'Etat musulman considérera la chose: Si ceux qu'il laisserait en leur compagnie sur ce territoire ennemi ont la force contre les ennemis en guerre, il aura la faculté de la faire;—

comm. Car il lui est possible de convertir ce territoire en territoire islamique, sans faire de tort aux Musulmans. Il lui incombe de le faire;—

2198 • 4355. * Mais si ceux Musulmans qu'il laisserait ne sont pas de force en eux-mêmes, autrement qu'avec l'aide de ceux des ennemis en guerre qui viennent d'embrasser l'Islam, il faut distinguer: S'il craint, pour les (soldats) musulmans, que les nouveaux convertis apostasient puis les tuent, alors il ne lui faut y laisser aucun (soldat) musulman.

comm. Car il y a risque de destruction pour un certain nombre de Musulmans. Au contraire, s'il est convaincu de la sincérité (**litt.** vérité) de l'Islam de ceux des ennemis en guerre qui se sont convertis, et que ceux-ci seraient un secours pour les Musulmans (de la garnison), à mon avis il n'y a pas à lui faire grief de laisser chez eux des (soldats) musulmans, qui renforceront les (convertis) et que ceux-ci

renforceront; et on y nommera un gouverneur pour gouverner dans cette ville selon la loi islamique.

La raison en est celle que nous avons dite, à savoir que quand le chef de l'Etat musulman a la possibilité de faire de cette ville un territoire islamique, et cela sans faire de tort aux Musulmans, il doit le faire. Or ici il en a la possibilité.

Donc s'il le fait, alors pas de grief à ce que par la suite il accepte des autres occupants ennemis (vaincus) de devenir Dhimmîs tout en restant dans leur pays d'origine.

comm. Car la ville est devenue territoire islamique, et si, sur le territoire islamique, quelqu'un veut devenir Dhimmî et être gouverné par les Musulmans, il faut le lui accorder.

• 4356. A supposer, dans ce cas, que les (assiégés) sollicitent du chef de l'Etat musulman qu'il accepte de faire d'eux des Dhimmîs et qu'eux-mêmes émigreront de bon gré sur le territoire islamique, mais que le (chef musulman) soit d'avis de les combattre jusqu'à ce qu'ils embrassent l'Islam ou soient vaincus, et qu'il les combatte et les domine, puis qu'il en prélève le cinquième gouvernemental, pour partager le reste selon les quotes-parts propres au butin, cela sera valide;—

comm. Car il les combat alors qu'ils sont des ennemis en guerre, qui ne jouissent pas de l'aman et n'ont pas la foi (islamique);—

suite: Toutefois le commandant (chef de l'Etat musulman) aura ainsi commis une erreur en n'acceptant pas de (leur accorder) la qualité de Dhimmîs (et en menant une guerre inutile).

comm. * Car il lui incombait de leur accorder la qualité de Dhimmîs. Puisqu'il 2199
abandonne ce qui lui incombait, il commet en cela une erreur.

• 4357. Au contraire, si ces (ennemis) lancent un appel, offrant d'embrasser l'Islam, alors il n'est licite à personne de le leur refuser.

comm. Car la guerre est légalisée à cause de l'Islam. Donc il n'y a pas de sens à ce qu'on rejette l'Islam, alors que la guerre est légalisée à cause de lui.

suite: A supposer que le (commandant) le leur refuse, puis que (mal gré cela) ils embrassent l'Islam et qu'ils (continuent de) combattre: si le (chef musulman) les conquiert, il faudra quand même les libérer et leur remettre leurs biens, et toute décision prise contre eux dans le sens d'une réduction en esclavage ou d'une partage en butin sera nulle.

comm. Car quand ils embrassent l'Islam, leur conversion est correcte, vu qu'on n'a pas besoin pour cela de l'approbation du chef de l'Etat musulman. Il a fait la guerre contre eux alors qu'ils sont des Musulmans et se trouvent sur le territoire islamique. Or on ne peut ni réduire un Musulman en esclavage, ni faire butin de ses biens. Donc il faudra les dédommager des biens qu'on aura détruit, et du sang qu'on aura versé (**litt.** des sangs).

• 4358. A supposer que ces gens-là offrent de devenir Musulman pourvu qu'on

ne les combatte plus, et que le commandant musulman le leur refuse et les combatte, et qu'ils n'embrassent pas l'Islam, puis que le (commandant musulman) les conquière, alors il aura commis une erreur en ce qu'il aura fait.

comm. La raison en est celle que nous avons dite, à savoir que s'ils avaient offert de devenir des Dhimmîs, il incomberait (au chef musulman) de s'abstenir de les combattre. Donc quand ils offrent d'embrasser l'Islam, il (lui) incombe à plus forte raison de s'abstenir de les (combattre).

Toutefois ceux d'entre eux qui seront tués, leur sang sera impuni; et ceux de leurs biens qui seront détruits, on n'aura pas à en dédommager.

comm. Car les Musulmans y ont touché à un moment où ces gens-là étaient des mécréants, étant donné qu'il n'a existé de leur part que le désir (**irâda**) de devenir Musulmans. Or on ne devient pas Musulman par un simple désir. Il va de soi que le sang et les biens d'un mécréant (en guerre) sont laissés impunis.

• 4359. Et quant aux gens et aux biens qui restent, il faut distinguer: S'ils embrassent l'Islam (après la capitulation), on leur rendra leurs biens et ils seront hommes libres; et rien à faire contre eux.

2200 **comm.** * Car dès qu'ils ont offert d'embrasser l'Islam et demandé qu'on s'abstienne de les (combattre), il était interdit aux Musulmans de les combattre et de les capturer comme prisonniers. Donc s'il était interdit de les faire prisonniers, les (soldats musulmans) ne sont pas devenus leurs propriétaires en les faisant prisonniers. Donc ces gens-là sont restés hommes libres, et rien à faire contre eux.

• 4360. Au contraire, si ces gens-là ont offert aux Musulmans de devenir Dhimmîs, et que le chef de l'Etat musulman les ait combattu, vaincus, et partagés en butin, alors ces gens-là ne redeviendront pas hommes libres, pour qu'on leur impose la capitation; (ils seront esclaves, et il n'y a pas de capitation sur les esclaves, car autrement c'est le maître musulman de ces esclaves qui serait indirectement assujetti à la capitation).

comm. Car dans ce cas ils demandent de rester mécréants. Or la mécréance rend licite, en principe, de verser le sang et de réduire en esclavage. Donc le chef de l'Etat musulman les aura réduit en esclavage et leur aura refusé la qualité de Dhimmîs dans un cas controversé, où on a la latitude de faire un effort d'opinion par raisonnement et, par conséquent, sa décision sera exécutoire et il lui sera licite de (les) réduire en esclavage. Voilà pourquoi on ne (leur) rendra pas (leurs biens). Mais dans l'autre cas, les (ennemis) avaient demandé au chef de l'Etat musulman de s'abstenir de les (combattre) afin qu'ils embrassent l'Islam. Or l'Islam est protecteur. Voilà pourquoi l'interdiction de la réduction en esclavage est plus forte et plus solide dans ce cas, et on n'a pas la latitude, ici, de faire un effort d'opinion par raisonnement. Donc quand ces gens-là ont embrassé l'Islam (malgré le refus du chef musulman), l'erreur du chef musulman devient manifeste en toute certitude, et il lui incombe donc de se retirer de son erreur et de rendre ces gens-là libres. L'indice à cette règle est constitué par le fait que si quelqu'un désire devenir musulman, son désir est pris en considération s'il est devenu réellement Musulman. Or si quelqu'un

est réellement Musulman et s'il combat un autre Musulman, il n'est pas susceptible d'être réduit en esclavage. Il en sera donc de même si quelqu'un a désiré devenir Musulman. De même le désir de devenir Dhimmî est pris en considération si on est devenu réellement un Dhimmî. Or si un Musulman combat un réel Dhimmî qui se trouve dans un groupe d'armée (ennemie?) possédant la puissance résistante, le (Dhimmî) est susceptible de devenir prisonnier et réduit en esclavage. De même donc s'il désire (devenir Dhimmî), ce désir sera pris en considération comme si c'était une réalité (de la qualité de Dhimmî). Et tout pouvoir provient de Dieu, et c'est Lui qui sait mieux la vérité.

* Chapitre (208) 2201

DE CE EN QUOI ON AJOUTERA FOI A UN MUSULMAN CONCERNANT L'ISLAMISATION D'UN MÉCRÉANT

• 4361. (Chaibânî) dit ceci: Si les Musulmans capturent des prisonniers sur les Byzantins (**Rûm**), puis qu'un Musulman —une personne libre, un esclave, une personne punie pour diffamation de la chasteté d'une femme(1), une femme libre, une femme esclave, peu importe— atteste, et que les Musulmans agréent qu'il porte témoignage(2) qu'un certain prisonnier a embrassé l'Islam avant de mourir; s'il donne des précisions sur sa conversion, alors les Musulmans célébreront sur ce défunt l'office funéraire islamique, et demanderont le pardon divin pour lui.(3)

comm. Car l'office funéraire est une chose religieuse; or on admet la parole même d'un seul témoin intègre au sujet des choses religieuses comme on admet par exemple quand quelqu'un annonce qu'une certaine eau est pure ou sale, ou comme on l'admet au sujet de la vision de la nouvelle lune du mois de Ramadân, et comme on l'admet pour la transmission des récites sur le Prophète.

• 4362. Cette(règle) est indiquée par le récit fait par Sa'îd ibn Dhî Ukhûwa(4), selon qui le Prophète pria par trois fois en demandant le pardon divin pour le Négus, quand Ja'far ibn Abî Tâlib vint auprès du (Prophète) et lui fit part que le (Négus) avait eu foi en lui (en Muhammad)(5)).

---

(1) cf le Qur'ân 24/4.

(2) Ibid.

(3) cf Qur'ân 9/84, 63/6.

(4) L'éd. porte Sa'îd (variante: Ma'bad) Ibn Dhi La'wa; les MSS utilisés par 'Aintâbî portent: Dhî Laqwa, mais lui-même se réfère à l'**Işâba** d'ibn Hajar pour dire: Dhî Ukhûwa, et pour préciser qu'il s'agit d'un tâbi'î, successeur des Compagnons du Prophète.

(5) Selon al-Bukhârî et autres, le Prophète avait miraculeusement appris la nouvelle de la mort du Négus le jour même de sa mort en Abyssinie, et célébra un office funéraire **in absentia** à Médine; Ja'far ne rentra de l'Abyssinie que plusieurs années plus tard, en l'an 7 H. Mais une demande de pardon divin renouvelée en l'an 7 H ne saurait être exclue.

comm. En disant dans son livre que le témoin doit "donner des précisions sur sa conversion", (Chaibânî) ajoute:

2202 • 4363. * Cela peut se faire de deux façons: Si le témoin est un homme instruit (**faqîh**), on ne lui demandera pas de détails, mais on marcher a sur les termes généraux employés par lui, que cet homme a embrassé l'Islam avant sa mort. Mais si le témoin est un homme ignorant, alors il faut l'interroger et lui demander des détails; et si ce témoin donne des détails, et décrit la conversion de cet homme, selon la mesure considérée comme nécessaire par la Loi, son témoignage sera exécutoire. Mais à supposer que le (prisonnier) soit encore en vie, et qu'un témoin atteste qu'il s'est converti avant d'être fait prisonnier, ce (prisonnier) ne deviendra pas homme libre sur le témoignage d'un seul homme, jusqu'à ce que portent témoignage deux Musulmans tels que leur témoignage soit recevable dans les questions de droit.

comm. Dans un chapitre suivant (ch. 209, IV, 339) (Chaibânî) dira:

• 4364. Si le chef de l'Etat musulman conquiert un fortin, puis qu'un Musulman, homme intègre, porte témoignage qu'un certain (ennemi) avait embrassé l'Islam avant d'être fait prisonnier, —et (Chaibânî) d'ajouter:— si le (Musulman) atteste cela avant que le (prisonnier) ait été partagé en butin ou vendu, on admettra son témoignage; et s'il l'atteste après le partage ou la vente, on n'admettra pas son témoignage.

comm. Dans cet autre chapitre, (Chaibânî) différenciera la réponse (selon deux catégories), tandis qu'ici la réponse est générale (et unique). Il y a des (juristes) qui disent que ce que (Chaibânî) dit ici concerne le cas où le témoin atteste cela après le partage ou la vente (du prisonnier converti) et que pour cette raison on n'admet pas son témoignage; masi au contraire s'il l'atteste avant le partage ou la vente, on admet son témoignage. Si c'est ainsi, les deux cas seront réglés de la même façon, et la deuxième opinion ne sera qu'un commentaire de la première. Mais Abû Bakr al-A'mach affirme qu'il y a, sur ce problème, le récit de deux opinions (de Chaibânî): dans le chapitre présent, il dit que si un témoin atteste que le (prisonnier) a embrassé l'Islam avant le partage, on n'admettra pas son témoignage; et dans le chapitre suivant il dit que si un seul homme l'atteste, on admettra quand même le témoignage. La raison en est celle que nous avons mentionnée, à savoir que par la captivité le droit des conquérants s'est établi en ce (prisonnier), et si on admettait le
2203 témoignage de ce Musulman, cela annulerait * le droit des conquérants. Or on ne peut pas l'annuler sauf par un témoignage tel qu'il soit capable d'annuler les droits judiciairement. Tout de même qu'on n'admet pas un tel témoignage après la vente ou le partage (du prisonnier), de manière à ne pas annuler le titre de propriété de l'acheteur ou (respectivement) de celui qui l'a reçu pour sa quote -part du butin. Et tout de même que, si un témoignage est établi pour dire qu'un nouveau-né a crié, ce témoignage est admis, de l'avis de tous les maîtres juristes, en sorte qu'on célèbre l'office funéraire sur le nouveau-né (qui meurt après la naissance vivante, tandis que s'il est mort-né, on ne célèbre pas l'office funairaire pour lui); au contraire, un tel

témoignage, pour faire bénéficier ce bébê (mort après la naissane vivante[1]) n'est pas admis. Il en sera donc de même ici, et l'on admettra le témoignage d'un seul homme pour célébrer l'office funéraire sur le défunt (prisonnier islamisé), mais non pour annuler sa captivité (c.-à-d. que si l'on atteste qu'il a embrassé l'Islam avant sa capture, il faut deux témoins).

suite du comm. L'argument en faveur de l'autre opinion (de Chaibânî) est que la capture établit en ce (prisonnier) le droit des Musulmans (conquérants), et non pas le droit de quelqu'un de déterminé, mais celui de la totalité des Musulmans. Puisque par ce témoignage (d'un seul homme) on n'annule pas ici le droit de quelqu'un de particulier et déterminé (ce qui exigerait 2 témoins), on considérera que ce témoignage concerne une chose ordinaire de la religion et, pour cette raison, on l'admettra. Cela eu égard au fait que l'interdiction de réduire quelqu'un en esclavage est une des choses de la religion. Au contraire du cas où le (témoignage serait porté) après le partage, car là il annulerait le titre de propriété de quelqu'un de particulier et déterminé. Dans un tel cas on n'admet que le témoignage qui serait admis pour les questions judiciaires: c'est-à-dire le témoignage de deux hommes, ou d'un homme et de deux femmes.

suite du comm. En outre, la parole de ce seul homme (témoin) ne doit pas être moins (efficace) que le (témoignage des) traits caractéristiques. Or quand on voit dans un (prisonnier) les traits des Musulmans, on ne fait pas de lui un butin. Donc la parole d'un Musulman intègre doit (produire le même effet) à plus forte raison. Mais le pervers d'entre les Musulmans, on n'admet pas son témoignage dans de tels cas. Donc si un tel homme atteste (la conversion d'un prisonnier qui vient de mourir), on ne célébrera pas l'office funéraire islamique sur le défunt, pas plus qu'on ne priera Dieu pour qu'il pardonne ses péchés, car (selon le Qur'ân 49/6), la nouvelle apportée par un pervers n'est pas acceptée sans preuve, même s'il s'agit d'une question purement religieuse[2]. Cette règle mérite d'être notée, car dans son **al-Mukhtaṣar, at-Tahâwî**[3] men tionne que si quelqu'un atteste avoir vu la nouvelle lune du mois **de Ramadân**, on admettra son témoignage, et il faudra jeûner, même si cet homme

---

(1) La différence est énorme. Si l'enfant est mort-né, l'héritage de sa mère par exemple, mort lors de
l'accouchement, ira directement à ses proches parents à elle, tandis que si l'enfant est mort après être né
vivant, lui aussi héritera sa quote-part de l'héritage de sa mère, pour que cette quote-part soit partagée
entre ses proches parents à lui. Un exemple: Le couple A-B a un fils C, puis un deuxième fils l'est né. Si
D est mort né, de l'héritage de sa mère B (disons £ 80), morte dans l'accouchement, ira à son mari (A,
1/4= £ 20) et à son fils (c, 3/4= £ 60), sans tenir compte de D qui est mort-né. Dans le cas où D est mort
après une naissance vivante, et où la mère est morte peu après, le même héritage de B (£ 80) sera d'abord
partagé entre le mari (A, 1/4 = £ 20) et entre les deux fils C et D, chacun recevant 3/8 (= £ 30); puis ces £
30, revenant à D le nouveau-né seront de nouveau partagé entre son père A (la totalité), et le frère C
(unen), car en présence du père, le frère ne reçoit rien. Le résultat sera que dans le premier cas A recevra
£ 20 et C £ 60, tandis que dans le deuxième cas A recevra £ 20+30=50, et C seulement £ 30.

(2) Au début du chapitre il a admis le témoignage de celui qui est puni pour avoir calomnié la chasteté
d'une femme, malgré l'interdiction formelle du Qur'ân à son propos. Est-ce une faute de copiste?

(3) P. 55-56. La citation ici n'est pas littérale, mais résume le sens

est un pervers, car lui aussi est intéressé par son propre témoignage (et doit jeûner), donc on ne le soupçonnera pas, mais on admettra son témoignage. En outre on rapporte l'avis d'Abû Yûsuf selon lequel, si quelqu'un ebrasse l'Islam sur le territoire ennemi et ne sait pas ses devoirs islamiques de jeûne et des offices de prières, et si un autre Musulman lui apprend qu'il doit jeûner et célébrer les offices, le converti a l'obligation de jeûner (etc.) même si son informateur est un pervers. Et tout pouvoir provient de Dieu le Très Haut.

2204 *** Chapitre (209)**

DE CE EN QUOI ON AJOUTE FOI A UN MUSULMAN SUR LE TERRITOIRE ENNEMI ET DE CE EN QUOI ON NE LUI AJOUTE PAS FOI

• 4365. Chaibânî dit ceci: Si un Musulman entre sur le territoire ennemi sous sauf-conduit —ou qu'il y soit prisonnier de guerre, ou même qu'il ait embrassé l'Islam sur le territoire ennemi, étant lui-même à l'origine un ennemi en guerre (pour les Musulmans)— si les (soldats) musulmans le rencontrent sur le territoire ennemi, cependant qu'il est accompagné d'hommes et de femmes, et si cet individu (leur) dit: “Ce son mes esclaves màles et femelles, et je les ai achetés aux ennemis en guerre”, et que l'on ne sache rien de l'affaire que par la parole de cet homme, alors si ces hommes et femmes (qui l'accopagnent) le confirment en ce qu'il a dit, ils seront ses esclaves selon ce qu'il a dit.

comm. Car la protection procurée par la foi islamique est plus efficace que celle qui a été procurée par une sollicitation de sauf-conduit.

• 4366. Si le chef de l'Etat musulman accorde l'aman à la personne et aux biens de quelqu'un d'entre les occupants d'un fortin (assiégé), puis que les Musulmans conquièrent le fortin: si le bénéficiaire de l'aman dit: “Voici mes esclaves mâles et femelles”, et que ces (esclaves) le confirment, l'homme aura l'aman pour tout ce qu'il aura indiqué.

comm. Il en sera de même ici (dans le cas cité plus haut) à plus forte raison. Le point juridique est que, quand les (esclaves) le confirment, la main possédante de cet homme sur eux se manifeste, car la plus grande preuve de la main possédante de quelqu'un sur son esclave mâle et sur son esclave femelle est que ces esclaves soient présents devant le (maître) et qu'ils lui rendent service, tout en reconnaissant que l'homme a sur eux la main possédante. Or cela a eu lieu dans le cas présent. Donc ils
2205 sont * en sa main possédante. Comme la main possédante indique le titre de propriété, ils constitueront sa propriété. On sait que la propriété d'un Musulman ne peut être capturée ni comme prisonnier de guerre ni comme butin(1).

(1) Il s'agit seulement des biens meubles, car ailleurs l'auteur a dit que les immeubles et les choses qui ne sont pas effectivement en la main possédant du Musulman résident sur le territoire ennemi peuvent être butin pour l'armée conquérante.

• 4367. Mais s'ils l'infirment en ce qu'il dit, alors tous (les esclaves) feront partie du butin.

comm. Car quand ils nient sa réclamation, ils ne tombent pas en sa main possédante, vu que l'homme a prétendu une chose dont il n'a aucun indice, sous forme de la main possédante ou autre; on ne lui ajoutera donc pas foi et, par conséquent, ces gens seront des gens libres et des ennemis en guerre sans jouissance de sauf-conduit. On les capturera donc pour les réduire en esclavage; et ce Musulman qui était chez les ennemis sous sauf-conduit —ou converti de chez eux— qui accompagne ces (prétendus esclaves) ne recevra rien. Au contraire, on prélèvera sur eux le cinquième gouvernemental, et ce qui restera ira à ceux des (soldats) musulmans sur le territoire ennemi pour faire la guerre; au contraire, il les a seulement rejoints. Or nous avons déjà mentionné que si un prisonnier (musulman) ou un touriste qui est allé chez les ennemis sous sauf-conduit rejoint l'armée (musulmane), il n'a aucun droit sur ce qu'elle a capturé comme butin auparavant, sauf si l'on rencontre des combats (après que le touriste l'a rejointe), auquel cas seulement il participera avec elle à ce qu'elle aura capturé (auparavant, pourvu qu'il participe aux combats de défense). Il en sera donc de même ici.

• 4368. A supposer que certains de ces (prétendus esclaves du Musulman) le confirment et que certains autres l'infirment, alors ceux qui le confirment seront ses esclaves, et ceux qui l'infirment feront partie du butin (pour l'armée).

comm. Car on prend en considération la partie comme un tout. Si tous avaient confirmé cet homme, ils seraient ses esclaves, et si tous l'avaient infirmé, tous feraient partie du butin. Donc si la confirmation provient des uns et l'infirmation des autres, chaque catégorie sera traité selon le principe (règle) qui lui est propre.

• 4369. De même si on trouve en la main de ce (Musulman) des biens comme des dirhams, des dinars, des tissus, ou des bêtes bovines, et qu'il dise: "Ils m'appartiennent, j'ai fait du commerce dans ce pays et je les ai acquis", on ajoutera foi à sa parole, et ils lui appartiendront.

comm.* La raison en est celle que nous avons dite, à savoir que la main 2206
possédante est l'indice du titre de propriété, même pour un ennemi en guerre jouissant de l'aman au sujet de ses biens. Donc à plus forte raison il faut que la (main possédante) soit l'indice du titre de propriété pour un Musulman.

• 4370. Si les (soldats) musulmans trouvent sur le territoire ennemi un prisonnier musulman, ou un touriste musulman, qui est allé sous sauf-condnuit, ou même un ennemi en guerre qui a embrassé l'Islam, et si on trouve avec lui des dirhams, des dinars, des esclaves mâles et femelles, mais que ces objets no soient pas en sa main possédante —ou qu'on ne sache pas s'ils sont en sa main ou non— et s'il affirme que ces objets lui appartiennent, et que ces esclaves mêles et famelles aussi le confirment, alors (malgré cela) on ne lui ajoutera foi en rien de tout cela, et tout fera partie du butin pour les Musulmans qui les capturent.

comm. Car quand les Musulmans trouvent ces (objets sur le territoire ennemi)

ceux-ci font partie du butin pour eux, selon toute apparence; et donc on n'ajoutera pas foi à la réclamation d'un demandeur, si ce n'est sur indice (preuve).

• 4371. A supposer que ces objets soient absents et non en la main de cet homme —ou que l'on ne sache pas s'ils sont en sa main ou non— et qu'il n'y ait pas d'indice pour indiquer le titre de propriété, et que par conséquent on ne lui ajoute pas foi; et si par la suite cet homme établit la preuve que ces objets sont siens—ou même s'il établit la preuve qu'ils se trouvaient en sa main possédante le jour où le fortin a été conquis, ou encore s'il établit la preuve que la maison dans laquelle on a trouvé ces objets est la sienne, on admettra le témoignage des témoins à ce propos, et l'on rendra tout cela à cet homme.

comm. Car ce qui s'établit sur preuve est comme ce qui s'établit à vue d'oeil. En effet si ces biens avaient été vus en sa main, et de même si les esclaves mâles et femelles avaient été vus en sa main, et que ceux-ci eussent confirmé l'(affirmation de l')homme, il aurait fallu ajouter foi à sa parole, et rien de ces objets n'aurait fait partie du butin. Il en sera donc de même si la chose s'est établie sur preuve. A noter que cette réponse tient, concernant le touriste qui est allé chez les ennemis sous
2207 sauf-conduit,* ainsi que concernant le prisonnier musulman; et tous les juristes sont d'accord là-dessus. Mais quant à l'ennemi qui embrasse l'Islam sur le territoire ennemi, si les témoins attestent que les objets se trouvaient en la main de cet homme le jour de la conquête du fortin, la même réponse tiendra, selon l'avis de tous les juristes, et il faudra lui rendre ces biens; mais s'ils portent témoignage pour dire que les objets sont la propriété de cet homme (mais ne se trouvent pas nécessairement en sa main possédante), alors la réponse citée —à saovir que les biens lui seront rendus—tient, selon l'avis de Chaibânî; et elle ne tient pas, selon l'avis d'Abû Hanîfa, selon lequel les objets feront partie du butin. La raison en est que, selon le principe énoncé par Abû Hanîfa, tout ce qui appartient à ce (Musulman) mais se trouve en la main de quelqu'un d'autre qui est ennemi en guerre —ou même qu'on ne sache pas s'ils sont en la main d'un Musulman— fera partie du butin. Et pour Chaibânî, ces biens ne feront pas partie du butin, mais seront comme les biens d'un ennemi en guerre venu sous sauf-conduit. Puisqu'ici on ne sait pas si les biens sont en la main possédante de ce Musulman, même si l'on savait qu'ils étaient sa propriété, ils feront partie du butin, selon Abû Hanîfa, et ne feront pas partie du butin, selon Chaibânî.

• 4372. A supposer que les témoins attestent que ces esclaves mâles et femelles se trouvaient en la main possédante de cet homme au moment de la conquête du fortin —ou dans sa maison— mais qu'ils n'aient pas attesté qu'ils étaient ses esclaves mâles et ses esclaves femelles, et qu'en outre ces gens nient être les esclaves mâles ou femelles de cet homme, et affirment même qu'ils sont des gens de statut libre, ceux-ci n'en profiteront pas, mais feront partie du butin pour les (conquérants) musulmans.

comm. Car les (témoins) n'ont établi en faveur du demandeur que la simple main possédante. Or une main possédante sur un homme n'indique pas que cet homme soit l'esclave de l'autre; certe la main possédante serait l'indice du titre de

propriété de celui qui a la main possédante, après que l'on aurait prouvé que l' (individu en la main possédante de l'autre) est un esclave. En effet (Chaibânî) a mentionné dans son **al-Jâmi' aṣ-ṣaghîr**(1) que si quelqu'un avait en sa main possédante un petit garçon, qui est quand même capable de s'exprimer —ou même un homme adulte— puis que l'homme à la main possédante affirme que le garçon est son esclave, mais que le garçon dise: "Non, je suis d'origine libre", alors c'est la parole du garçon qui prévaudra, et il sera homme libre. Mais si ce garçon avoue être un esclave, mais qu'il dise: "Je suis esclave de telle personne autre que celle qui a la main possédante", et que cette autre personne le réclame pour elle, alors c'est la parole de celui qui a la main possédante sur l'esclave qui prévaudra (c.-à-d. si aucune des deux n'a de preuve). En conséquence de cette règle, (on peut dire(2)) que, toute chose que tu trouveras en la main de quelqu'un d'autre, tu auras la latitude d'attester que cette chose est la propriété de cet individu, à l'exception d'un esclave
mâle* ou femelle. Donc si la main possédante n'indique pas le titre de propriété (sur 2208
les esclaves), on ajoutera foi à la parole de ceux-ci, qui affirment être des hommes libres, puis ils feront partie du butin pour les (soldats) musulmans.

• 4373. (Chaibânî) continue: Mais à ce propos on n'admettra que le témoignage de gens intègres d'entre les Musulmans.

comm. Car ce témoignage (attestant que les esclaves sont la propriété de tel Musulman) annule le droit des (soldats) musulmans à faire d'eux un butin. Donc pour tout ce qui annule le droit des Musulmans à quelque chose, on n'admettra que le témoignage des Musulmans.

• 4374. Il en est de même d'un Dhimmî: Si on le trouve sur le territoire ennemi en tant que touriste qui est allé sous sauf-conduit —ou même en tant que prisonnier de guerre,— et qu'il affirme ce qu'a affirmé le Musulman (dans le cas précédent), alors il aura le même statut légal que le Musulman, dans toutes les questions que j'ai décrites: là où on ajoute foi au Musulman, on ajoutera foi au Dhimmî aussi, et où non, non.

comm. Car les biens d'un Dhimmî ont l'immunité contre la capture en butin, à l'instar des biens d'un Musulman. Donc la réponse est pareille pour tous, Dhimmî et Musulman.

• 4375. Si les (soldats) musulmans trouvent sur le territoire ennemi un Musulman —ou un Dhimmî— accompagné d'une femme (non-musulmane), et qu'à leur question il réponde: "C'est ma femme, je l'ai épousée sur le territoire ennemi", et si la femme le confirme, elle sera sa femme;

comm. Car tous deux se confirment au sujet du mariage. Or le mariage s'établit par la confirmation mutuelle;—

(1) P. 90 (de l'éd. du Caire en 1302 H.) La citation n'est pas littérale, mais commente le sens.

(2) Ce passage n'est pas dans **al-Jami' aṣ-ṣaghir**, c'est l'avis de Sarakhsî.

suite: Toutefois, que la femme l'ait confimé ou infirmé[1] au sujet du mariage, elle fera partie du butin.

comm. Car même si son mariage était une chose apparente et vue, il ne la sauverait pas de la capture en butin; mais puisque le (mariage) n'est pas apparent, ce sera de même à plus forte raison.

suite: (Chaibânî) ajoute que le mariage de cet homme avec elle ne constitue pas un octroi d'aman pour elle.

209 **comm.*** Car il l'a épousée sur le territoire ennemi. Or, même s'il avait donnée l'aman à cette femme en toute précision sur le territoire ennemi, cet aman ne saurait prévaloir contre les (soldats) musulmans. Il en sera donc de même ici, et par le mariage elle ne sera pas, à plus forte raison, protégée contre les (soldats) musulmans.

• 4376. Mais si elle est accompagnée d'enfants mineurs, et si l'homme dit: "Ce sont mes enfants nés d'elle", et si elle le confirme, les enfants seront des gens libres, et rien à faire contre eux; et, si le père est Musulman, ils le seront également, à sa suite; et si le père est un Dhimmî, ils le seront aussi, à cause de sa qualité de Dhimmî.

comm. Car les enfants sont en sa main à elle, et quand elle confirme ce que l'homme réclame, elle et ses enfants qui sont en sa main à elle viennent en la main possédante du mari[2]. Et quand la main possédante s'établit en faveur du mari, c'est sa parole à lui qui prévaudra concernant ce qu'il a en sa main à lui. Et, par conséquent, l'enfant sera homme libre, car il est né de parents de statut libre, vu que le père est un homme libre —musulman ou dhimmî— et la femme, même si elle est ennemie en guerre, est femme libre jusqu'au moment où les Musulmans la capturent. Donc elle a donné naissance (à l'enfant) quand elle était femme libre. Donc l'enfant sera homme libre, et sera musulman ou dhimmî comme son père. Or un individu libre, musulman ou dhimmî, ne peut pas être réduit en esclavage.

• 4377. A supposer que cette femme soit enceinte, alors elle et ce qui est en son ventre feront partie du butin pour les Musulmans qui la captureront;—

comm. Car l'enfant, tant qu'il est encore dans le ventre de sa mère, fait partie d'elle. Or on ne peut pas séparer d'elle, avec des ciseaux une partie d'elle-même.

(1) Cela va à l'encontre de sa propre thèse (• 491)-reconnue par tous les juristes-que la femme non-musulmane d'un Musulman ou d'un Dhimmî devient automatiquement et de droit une Dhimmiya. Il faut donc rejeter, à notre avis, tout cet exposé. Voir aussi la note suivante.

(2) Cela appuie ce que nous avons pensé dans la note précédente. L'auteur a dit ailleurs (IV, 328, 385 etc.) que les objets en la main d'un Musulman sur le territoire ennemi étaient incapables d'être capturés en butin.

Puis comme elle est devenue une partie du butin, son enfant (dans son ventre) qui est une partie d'elle le sera également à sa suite(1);—

suite: Puis quand il sera né, et si son père est un Musulman, lui aussi sera Musulman.

comm.* Car l'enfant suit, en religion, le meilleur de ses père-et- mère quant à 2210
la religion; et (il en est ainsi) parce que l'Islam n'est pas contraire à ce que quelqu'un soit esclave ou capturé en butin (s'il est Musulman mais esclave et propriété d'un ennemi en guerre). Donc il sera esclave de celui qui le capturera.

suite: Et si le (père) est un Dhimmî, l'(enfant) sera aussi un Dhimmî(2).

comm. Si l'on savait déjà que cette femme était en la main possédante de ce Musulman ou de ce Dhimmî —ou si les (soldats) musulmans trouvent en sa main à lui(3)— et qu'il y ait des enfants mineurs avec elle: si le Musulman —ou le Dhimmî— dit: "Elle est ma femme, et ceux-ci sont mes enfants", masi qu'elle infirme ce que dit le (Musulman ou le Dhimmî), et affirme: "Ce sont bien mes enfants, mais je ne suis pas l'épouse de ce demandeur, et ces enfants ne sont pas non plus siens", alors, du fait de cette infirmation, le mariage ne s'établira pas.

• 4378. Puis la déduction analogique voudrait que les enfants soient butin pour les (soldats) musulmans, comme elle-même, mais selon l'équité, les enfants seront enfant d'un Musulman —ou d'un Dhimmî— et hommes libres, et rien à faire contre eux, tandis que la femme fera partie du butin.

comm. L'argument en faveur de la déduction analogique, à ce propos, est que les enfants sont dans les bras de cette femme et en sa main et, quand le mariage ne s'établit pas entre eux deux (l'homme et la femme), le Musulman (ou le Dhimmî) n'a pas la main possédante sur elle, et non plus, par conséquent, sur les enfants qui sont en sa main à elle. En effet il réclame des enfants alors qu'il n'a pas la main possédante sur eux; on ne lui ajoutera donc pas foi. Quant à l'équité, l'argument en sa faveur ici est qu'on a su que cette femme était en sa main à lui. Donc si la femme est en sa main à lui, cela oblige à ce que les enfants soient considérés comme étant aussi en sa main à lui.

• 4379. Et quand ils sont en sa main possédante, c'est sa parole à lui qui prévaudra concernant la liberté et la généalogie des enfants. Donc que le femme le confirme ou l'infirme, c'est pareil, car il y a plus de latitude et plus de facilité au
sujet du statut de liberté des gens.* Ne vois-tu pas ceci? Si un esclave, autorisé par 2211
son maître à mener un commerce, posséde un enfant mineur en sa main possédante et dit: "C'est un enfant qui était abandonné dans la rue et que j'ai ramassé, on

(1) Il veut dire que le statut de liberté ou d'esclavage d'un enfant dépend de sa mère, et non de son père. Puisque lors de sa naissance sa mère sera une esclave, lui aussi suivra sa mère pour être un esclave, propriété du maître de sa mère (et non du mari de sa mère).

(2) Si l'enfant est devenu esclave d'un sujet islamique, il devient automatiquement ressortissant de l'Etat islamique, que l'enfant soit Musulman ou non-Musulman. La précision semble être superflue.

(3) L'éd. porte: أمة , mais nous suivons le MS de Beyrouth, où: في يده

admettra sa parole, et l'enfant sera homme libre, alors que l'esclave n'aurait pas la faculté de libérer (**tahrîr**) ni d'émanciper (**i'tâq**) cet (enfant s'il était un esclave). Cette régle n'est ainsi que parce qu'il y a plus de latitude au sujet du statut de liberté des gens.

• 4380. A supposer que ce (Musulman sur le territoire ennemi) affirme que la femme est son **umm walad** (esclave qui lui a donné naissance à son enfant à lui), et que les enfants sont les enfants qu'il a eus d'elle, et qu'on sache qu'elle était en la main possédante de ce Musulman, mais qu'elle le nie, alors elle fera partie du butin pour les (soldats) musulmans.

comm. Pour la raison que nous avons dite, à savoir que la seule main possédante sur elle n'indique pas qu'elle soit une esclave. Ne vois-tu pas que dans ce cas si l'homme affirme qu elle est son esclave à lui, mais qu'ell la nie, c'est sa parole à elle qui prévaudra, en sorte qu'elle sera considérée comme femme libre, et qu'(en tant que telle) elle fera partie du butin (pour les soldats conquérants)?

• 4381. De même si elle nie être une **umm-walad** (mère de ces enfants-là), les enfants seront quand même les enfants de ce (Musulman) et seront hommes libres; et rien à faire contre eux, selon l'équité.

comm. Cela pour la raison que nous avons dite, à savoir qu'il était connu que cet homme avait la main possédante sur elle, et qu'ainsi s'établissait aussi sa main possédante sur les enfants qui se trouvaient en la main de la femme. Voilà pourquoi ce sera sa parole à lui qui prévaudra (en absence de la preuve contraire).

• 4382. A supposer qu'elle confirme qu'elle est bien son **umm-walad**, alors c'est la parole de ce Musulman qui prévaudra et elle ne pourra pas être prise en butin,[1] et en outre les enfants seront hommes libres.

comm. Car même si ce (Musulman) affirmait, après qu'on a capturé cette femme, qu'elle est son esclave, —et si elle le confirmait,— ce serait sa parole à lui qui prévaudrait, et elle ne serait pas prise en butin. Qu'on ajoute foi à sa parole à lui quand il dit qu'elle est son **umm-walad**, cela doit se faire à plus forte raison.

2212 • 4383.* Supposons que la femme ne se trouve pas en la main possédante du Musulman —ou du Dhimmî— et qu'on ne sache pas si elle était en sa main possédante ou non, puis qu'il dise: "Elle est mon épouse— ou mon **umm-walad**— et ces enfants qui se trouvent en sa main à elle sont mes enfants, si la femme l'avoue, les enfants seront les enfants de cet homme, et leur généalogie sera établie sur lui; et ils seront hommes libres, et rien à faire contre eux;—

comm. Car les enfants ont besoin que soit établie leur généalogie, et la généalogie est établie par la confirmation de la personne qui a la main possédante (sur les enfants). Puis, quand leur généalogie est établie, ils seront ou Dhimmis ou Musulmans (selon le statut de leur père), donc on ne les réduira pas en esclavage;

---

(1) Si une **umm-walad** d'un ressortissant islamique est assurée contre la possibilité d'etre prise en butin, une épouse doit l'être à plus forte raison. Voir supra la note sur IV, 331.

Mais quant à cette femme, si elle affirme son mariage (avec cet homme), elle fera partie du butin.

comm. Car son mariage apparent (=connu) n'empêche pas qu'on la prenne en butin et qu'on la réduise en esclave[1]. Il en sera donc ainsi ici à plus forte raison.

• 4384. Au contraire si elle avoue être une **umm-walad** à lui, elle sera son **umm-walad**; et rien à faire contre elle, selon l'équité.

comm. Car la qualité d'**umm-walad** (mére d'enfants) s'établit comme suite de la généalogie. Or la généalogie s'est établie, et la qualité d'**umm-walad** lui fait suite. Et l'on sait qu'une **umm-walad** d'un ressortissant islamique) ne peut pas être fait prisonnier de guerre.

suite: A supposer qu'elle infirme ce qu'a dit l'homme, alors la femme et ses enfants feront tous partie du butin pour les (soldats) musulmans, et l'on n'ajoutera pas foi à ce qu'a dit cet homme.

comm. Car il réclame à un moment où il n'a apparemment la main possédante ni sur elle ni sur ses enfants à elle; en outre la personne qui a la main possédante (ici, la femme) infirme sa réclamation. Donc on n'acceptera pas, (ici sur le territoire ennemi) sa demande à lui sans un indice (une preuve), de même qu'on ne l'accepterait pas si le cas était ainsi sur le territoire islamique.

• 4385. Exception faite toutefois du cas où il établit la preuve de ce qu'il réclame à ce propos; auquel cas les enfants seront hommes libres, et la jeune esclave, son **umm-walad**. Mais si elle est son épouse, elle fera partie du butin.

comm.* Car ce qui s'établit par la preuve est comme ce qui s'établit à vue 2213
d'oeil.

• 4386. A supposer qu'il établisse la preuve que cette personne était en sa main possédante, —ou en sa maison,— le jour où on l'a capturée, alors la réponse sera exactement comme la réponse dans le cas où il était (seulement) connu que la femme en question était en sa main, sans qu'on en ait produit la preuve. Donc si elle le confirme, elle sera son **umm-walad**, et la généalogie des enfants sera établie sur lui; et ils seront hommes libres, et rien à faire contre eux; et quant à l'épouse, elle fera partie du butin. Au contraire, si elle l'infirme, alors les enfants seront quand même hommes libres, mais elle fera partie du butin et ne sera pas **umm-walad**.

comm. Car l'esclavage ne s'établit pas par la simple main possédante, si elle est accompagnée d'une négation (de la part de la possédée). Et Dieu sait mieux.

• 4387. (Chaibânî) dit: Si dans les circonstances que j'ai décrites, un homme ou une femme se trouve en la main possédante d'un Musulman qui dit: “C'est mon esclave mâle”, ou: “...mon esclave femelle, et je les (**sic**, l'esclave mâle et l'esclave

(1) Il continue sur la base du même argument: une ennemi en guerre, épousée sur le territoire ennemi, reste ennemie et ne devient pas automatiquement une Dhimmîya.

femelle respectivement) ai fait venir du territoire islamique", et que l'esclave mâle ou l'esclave femelle le confirme, alors on ajoutera foi à la parole de ce (Musulman) en ce qu'il dit à ce propos.

comm. Car s'il avait dit: "Je les ai achetés sur le territoire ennemi", et si les (esclaves) l'avaient confirmé, on aurait ajouté foi à la parole de ce (Musulman). C'est donc à plus forte raison qu'il faut y ajouter foi ici.

suite: Il en est de même quant au Dhimmî: on ajoutera foi à sa parole à ce propos.

comm. Car le (Dhimmî) est l'égal du Musulman, pour l'immunité de ses biens. Il sera donc son égal quant au statut légal (**hukm**).

• 4388. Si en la main de l'un des deux (le Musulman et le Dhimmî) il y a une femme adulte (**kabîra**), et qu'il dise: "C'est ma femme, je l'ai fait venir avec moi à partir du territoire islamique", et qu'elle le confirme, alors on ajoutera foi à sa parole à lui, et rien à faire contre elle.

comm. Car l'aveu d'un homme est valide concernant quatre personnes: la femme (épouse), le père, le fils, et l'esclave émancipé devenant client (**maulâ**).
2214 *Donc cet aveu à lui: "Elle est ma femme" sera opérant, et le mariage sera établi entre eux deux à cause de leur confirmation mutuelle. Donc quand le mariage est établi, elle restera femme de statut libre, implicitement et comme suite de la liberté. Et ce sera comme s'il était connu qu'elle est la femme de cet homme.

• 4389. Il en sera de même s'il y a, en compagnie de l'un de ces deux (le Musulman et le Dhimmî), une femme adulte (**kabîra**), ou qu'il dise: "C'est ma fille", ou: "...ma soeur", ou: "...ma mère", ou: "...ma tante paternelle", ou: "...une proche parente à un degré prohibé pour le mariage (venus à partir du territoire islamique), et si elle le confirme, elle sera libre, et rien à faire contre elle. Quant au cas où il a dit: "C'est ma fille", c'est ainsi parce que la généalogie s'établit, et cette femme sera comme si sa qualité de fille était chose connue. Quant aux autres proches parentes, d'un degré prohibé pour le mariage (**mahram**), la parenté qu'il réclame n'aurait pas été établie si le procès était survenu sur le territoire islamique; donc la parenté ne s'établira pas non plus sur le territoire ennemi, mais toutefois on admettra la parole de cet homme à propos de ces parents.

comm. Car si un ennemi en guerre demande un sauf-conduit pour sa personne et ses biens, puis qu'il se rende sur le territoire islamique et dise: "Ce sont mes soeurs, mes tantes paternelles, mes tantes maternelles", on ajoutera foi à sa parole et elles jouiront du sauf-conduit[1], comme dépendant de lui, eu égard au fait que selon toutes apparences, elles ne sortent pas vers le territoire islamique sans un proche parent d'un degré prohibé pour le mariage. (cf. 514).

(1) C'est-à-dire qu'on n'a pas besoin d'obtenir un visa spécial pour de telles personnes, elles sont comprises dans le visa de l'homme leur compagnon.

• 4390. De même l'(armée musulmane) acceptera la parole d'un Dhimmî et d'un Musulman, à propos de telles femmes, sur le territoire ennemi, et on les traitera comme dépendant de lui pour sortir vers le territoire islamique[1].

comm. Car selon les apparences, elles ne sortent pas toutes seules (vers un territoire étranger).

• 4391. S'il y a avec l'un des deux (le Musulman ou le Dhimmî) un homme adulte, puis qu'il dise: "C'est mon fils", ou si celui-ci est vieux: "C'est mon père", et que l'autre le confirme, ce dernier sera homme libre, et rien à faire contre lui.

comm. Car la qualité de père ou de fils s'établit pas la confirmation mutuelle, pour la raison que nous avons évoquée, à savoir que l'aveu de quelqu'un pour dire que quelqu'un d'autre est son fils ou son père *est chose valide sur le territoire 2215
islamique. Il en sera de même sur le territoire ennemi (aux yeux de l'armée expéditionnaire musulmane). Puis quand la généalogie s'établit, la liberté s'établit aussi comme suite de la (généalogie). Voilà pourquoi on ne réduira pas en esclavage cet (objet de l'aveu), pour la raison déjà évoquée.

• 4392. S'il dit: "C'est mon frère", ou "mon oncle paternel", ou "mon oncle maternel", de même s'il y a en sa compagnie une femme, et qu'il dise: "C'est une femme musulmane..." ou: "...une Dimmîya venue en ma compagnie", il faut distinguer: si celui qui déclare cela est un Musulman, on ajoutera foi à sa parole dans tous ces divers cas, pourvu que l'autre qui l'accompagne le confirme. Au contraire, si l'homme qui déclare cela aux (soldats) musulmans est un Dhimmî, on ne lui ajoutera pas foi (sans preuve).

comm. Car si un Dhimmî sortait sous sauf-conduit vers le territoire ennemi accompagné de quelques individus, puis disait (aux contrôleurs musulmans de visa?)[2]: "Ce sont là mes frères et mes oncles paternels", on n'accepeterait pas sa parole, et ces gens-là ne seraient pas traités comme dépendant de lui et jouissant automatiquement de son sauf-conduit. Il en sera donc de même de la parole d'un Dhimmî, concernant de telles personnes, (aux soldats musulmans) sur le territoire ennemi, et on les considérera pas comme dépendant de lui.

• 4393. On n'acceptera pas non plus sa parole en tant que témoignage, vu qu'il

(1) Ainsi dans l'éd. et le MS de Beyrouth, mais la traduction turque porte: "territoire ennemi". Le texte tel quel implique que, dans l'absence des cartes d'identité, si l'on reconnait quelqu'un sur le territoire ennemi comme ressortissant de l'Etat islamique, on admettra cette qualité pour ses dépendants aussi, non seulement pour les femmes mais même pour les fils et les pères. Mais si la traduction turque dispose d'un MS plus correct, cela veut dire que les controleurs de visa, de poste musulman, accepteront cette affirmation. Mais il y des obscurités dans le texte.

(2) L'argument n'est pas clair. S'agit-il des contrôleurs de visa ennemis, les Musulmans n'ont rien à faire avec leur pratique. S'agit il des Musulmans, il faudra croire qu'il y avait même des visa de sortie à cette époque-là, chose qui est démentie plus loin IV, 337, 384. Il s'agit probablement de l'armée musulmane qui le capture sur le territoire ennemi.

s'agit là d'un témoignage concernant quelque chose de religieux. Or les Dhimmîs n'ont pas qualité pour porter témoignage concernant les choses religieuses à nous. Ne vois-tu pas que si un (Dhimmî) informait du fait que telle eau est sale, son information n'aurait pas valeur juridique?

comm. Il en sera donc de même ici. Mais la parole d'un Musulman qui dit: "mon (compagnon) est mon oncle paternel", ou: "...un des Musulmans, venu avec moi", elle sera un témoignage de sa part, pour une question religieuse. On sait que la parole d'un seul homme est aussi admise concernant la chose religieuse.

• 4394. A supposer que l'homme qui accompagne la Dhimmî affirme être Musulman, et qu'il ait sur lui des traits (**sîmâ'**) d'un Musulman quant à ses vêtements et ses apparences (**hay'a,** cf. aussi IV, 167), on ajoutera foi à ce qu'il est un Musulman, et on ne le prendra pas pour butin.

2216 **comm.** *Car si quelqu'un dit qu'il est un Musulman, on l'admet déjà quand il a sur lui des traits d'un Musulman, et qu'il vient à l'esprit qu'il est un Musulman. Donc quand il y a ces traits, accompagnés de la parole d'un Dhimmî, on l'admettra à plus forte raison.

• 4395. Si le compagnon du Dhimmî affirma non pas qu'il est un Musulman, mais qu'il est un Dhimmî (sujet de l'Etat islamique), et que le confirme le Dhimmî, on n'ajoutera pas foi à ce que dit le Dhimmî (principal),

comm. Pour la raison que nous avons dite, à savoir que la parole d'un Dhimmî n'est pas admise pour quelque chose de la religion (islamique). Même s'il est intègre de caractère.

• 4396. Toutefois si les apparences et les habits des Dhimmîs diffèrent de ceux des ennemis en guerre, et que les (soldats musulmans) savent que les habits etc. (de ce compagnon du Dhimmî) ne sont pas ceux des ennemis en guerre, l'opinion prépondérante et l'avis étant que ce (compagnon du Dhimmî principal) est lui aussi un Dhimmî on le laissera partir; et on ne le prendra pas pour butin,

comm. Pour la raison que nous avons dite, à savoir qu'il s'agit là (=dans la décision basée sur les traits et les apparences) d'une chose religieuse (=d'une règle de la loi islamique).

• 4397. De même si un esclave musulman est intègre de caractère, on admettra son témoignage en de telles (questions).

comm. Car il s'agit de questions religieuses, et pour les questions religieuses on accepte la parole d'un esclave aussi, par exemple pour la vision de la nouvelle lune du Ramadân, et pour la transmission des récits (hadîth).

• 4398. De même si un Musulman de caractère intègre porte sur quelqu'un le témoignage que c'était un ennemi en guerre puis qu'il a embrassé l'Islam, et si cet ennemi l'affirme aussi, mais n'a sur lui aucun des traits caractéristiques des Musulmans, on ajoutera quand même foi au Musulman et on laissera partir le prisonnier (objet de ce témoignage), pourvu que le partage en butin ou la vente

n'aient pas été exécutés en lui. Mais si le partage ou la vente ont été exécutès en lui, on n'ajoutera plus foi à la parole de ce (témoin) en cette affaire.

comm. *Car avant le partage,il s'agit d'un témoignage concernant une question 2217
religieuse, et on accepte donc sa parole; mais après le partage, au contraire, il s'agit de l'annulation du titre de propriété d'un Musulman. Or on ne peut pas annuler le titre de propriété d'un (Musulman) sauf sur le témoignage de deux hommes.

• 4399. (Chaibânî) dit: Toute chose en quoi on ajoute foi à la parole d'un Musulman connu ou d'un Dhimmî connu, on ajoutera foi en lui s'il témoigne en faveur de quelqu'un dont l'Islam n'est pas connu mais qui porte les traits des Musulmans, y compris les biens et les esclaves qui se trouvent en la main de cet (inconnu).

comm. Car une fois que, sur le base des tratis caractéristiques, on a statué qu'il est Musulman, il devient comme un Musulman connu.

Ne vois-tu pas que si un tel meurt, on célèbre pour lui l'office funéraire islamique, et qu'on ne la capture pas pour le réduire en esclavage? Il en sera donc de même ici: on le traitera comme un Musulman connu.

Et tout ce en quoi on ajoute foi à la parole d'un Dhimmi connu, on ajoutera foi à la parole d'un Musulman connu, même si son caractère n'est pas intègre.

Car un Dhimmî de caractère intègre ne doit pas être supèrieur à un Musulman de caractère non-intègre. Ne vois-tu pas qui si un Dhimmî de caractère intègre nous informe que telle eau est polluée, on ne prend pas sa parole pour admissible juridiquement, pas plus qu'on n'admet la parole d'un pervers (à ce propos, qui concerne les ablutions rituelles)? Puis quand on admet la parole d'un Dhimmî de caractère intègre, il faut admettre à plus forte raison la parole d'un Musulman qui n'est pas de caractère intègre(1).

• 4400. * Et tout ce en quoi j'ai dit qu'on n'ajoute pas foi à la parole d'un 2218
Musulman sauf quand il est de caractère intègre, on n'ajoutera pas foi à la parole d'un Dhimmî, même s'il est de caractère intègre. Ainsi, si un (Musulman) pervers porte témoignage concernant un ennemi en guerre et dit: "Il a embrassé l'Islam avant d'être fait prisonnier de guerre", on ne lui ajoutera pas foi dans un tel cas.

comm. Car un Musulman même pervers est supérieur à un Dhimmî, même intègre. Si on n'admet pas la parole de ce (Musulman pervers), à plus forte raison n'admettra-t-on pas la parole d'un Dhimmî.

suite: Si un Musulman entre sur le territoire ennemi sous sauf-conduit —ou s'il y est prisonnier, ou même s'il est un de ces (ennemis) mais qui a embrassé l'Islam— puis que les (soldats) musulmans le capturent dans un de ces fortins

---

(1) On ne saurait pas dire que le commentaire explique bien la pensée du texte, ni non plus que l'argument du commentateur soit très convaincant.

(ennemis), de sorte que cet homme posséde en sa main des hommes et des femmes (adultes) et qu'il dise: "Ce sont mes fils et mes filles et mes tantes paternelles et mes tantes maternelles", pour ajouter: "Je les ai trouvés sur le territoire ennemi et ils n'ont pas embrassé l'Islam", alors ces gens-là feront partie du butin; et le fait que cet individu les a chez lui ne constituera pas un aman pour eux.

comm. Car ces gens-là ne suivent pas automatiquement en Islam (comme le serait le cas d'un enfant mineur). Ils ne sont pas devenus Musulmans à cause de l'Islam de cet individu, donc ils sont restés ennemis en guerre et ne jouissent pas de l'aman. Si on pouvait établir l'aman pour ces gens-là, ce serait parce que cet individu les a chez lui. Mais comme l'aman donné par un tel (Musulman) même en toute précision (sur le territoire ennemi) ne peut pas s'exécuter contre les Musulmans, le fait qu'il a ces gens-là chez lui ne doit pas, à plus forte raison, constituer un aman s'exécutant contre (=liant) les Musulmans.

• 4401. Mais dans ce cas, s'il a parmi eux son propre enfant mineur, et si l'homme est un Musulman, son enfant sera aussi Musulman, comme lui, et la captivité et la réduction en esclavage ne s'exécuteront pas contre cet enfant; et si l'homme est un Dhimmî, son enfant le sera aussi, et ne sera pas susceptible d'être réduit en esclavage.

comm. Car si l'homme le garde chez lui, l'(enfant) devient comme dépendant de lui, et par cette dépendance s'étabait la qualité de Musulman —ou (respectivement) de Dhimmî— pour cet (enfant). On ne pourra donc pas le capturer pour le réduire en esclavage.

A supposer que ce Musulman dise: "J'ai trouvé ces proches parents) prisonniers de guerre en la main des ennemis, et ce sont des Musulmans", et qu'il n'y ait pas de tratis islamiques sur eux, alors il faut distinguer: Si ce Musulman est de caractère intègre, et peu importe s'il est homme libre ou esclave, on ajoutera foi à sa parole; mais s'il est un Musulman de caractère non-intègre, ou s'il est un Dhimmî, même de caractère intègre, on n'ajoutera pas foi à sa parole à ce propos (sauf sur preuve). Au contraire, dans le cas où il dit: "Je les ai fait venir en ma compagnie à partir du territoire islamique"(1), on ajoutera foi à sa parole, qu'il soit pervers ou de caractère intègre.

2219 **suite du comm.** *La différence entre les deux cas est celle-ci quand il dit: "Je les ai trouvés prisonniers en la main des mécréants", il avoue que les ennemis en guerre avaient fait de ce gens-là comme leurs dépendants en tant qu'esclaves. Donc ce qu'il dit d'eux dans ce témoignage revient à attester que ces gens-là étaient des ennemis en guerre, puis qu'ils ont embrassé l'Islam avant d'être fait prisonniers de guerre (par les Musulmans). Or c'est là un témoignage concernant quelque chose de religieux, donc on l'admettra si l'homme est de caractère intègre, et on ne l'admettra

(1) Cela implique, pensons-nous, qu'il n'y avait pas de visa de sortie pour les voyageurs musulmans de la part des autorités islamiques. cf. note sur IV, 335 supra.

pas si l'homme est un (Musulman) pervers ou un Dhimmî. Mais ce sens est inexistant quand il dit: “Je les ai fait venir avec moi du territoire islamique”, donc on y ajoutera foi, que cet homme soit de caractère intègre ou pervers, et qu'il soit un Dhimmî ou un Musulman, à cause du point que nous avons relevé. Et quant à ses enfants mineurs, ils ne feront pas partie du butin, car si un enfant mineur se trouve en la main possédante de son (père), il sera son dépendant et sera Musulman à cause de l'Islam du (père). De même s'il y a sur eux des traits caractéristiques des Musulmans: alors ils seront hommes libres mais par l'effet de ces traits et non pas à cause de la parole d'un Musulman pervers ou d'un Dhimmî.

• 4402. (Dans le même cas), à supposer que les (soldats) musulmans les trouvent n'ayant sur eux aucun des traits qui les fassent reconnaître (comme Musulmans), par example leurs habits, les barbes teintes (**khidâb**), la capacité de réciter des passages du Qur'ân, mais que leur affirmation (de leur qualité de Musulman) soit attestée par le témoignage des ennemis en guerre qui se trouvent en leur compagnie —ou de certains Dhimmîs, ou de certains ennemis en guerre venus sous sauf-conduit, ou même si les ennemis en guerre écrivent en ce sens au chef de l'Etat musulman— rien ne sera accepté, et ces gens-là feront partie du butin;—

comm. Car ce que disent ces autres constitute de leur part un témoignage concernant quelque chose de religieux (islamique), et où il y a annulation du droit des Musulmans (quant au butin). Tout cela est un témoignage à rejeter;—

• 4403. Mais si cela est chose notoire et bien connue, et que les masses des ennemis en guerre en témoignent, de sorte qu'il vient à l'esprit des Musulmans que c'est la vérité, alors ces gens (capturés) seront des gens libres, et rien à faire contre eux. La raison en est que le témoignage fondé sur une information donnée par les masses exige la connaissance, plus que les simples traits caractéristiques et les signes.

comm. *Car les masses ne peuvent pas comploter de dire un mensonge, tandis 2220
que les traits caractéristiques diffèrent parfois. En outre, si on peut statuer par des traits la qualité de Musulman de ces gens-là, il faut le faire à plus forte raison à cause de la notoriété.

Ne vois-tu pas ceci? Si un Musulman étranger se rend chez une peuplade musulmane, et lui dit: Je suis un tel fils d'un tel, membre de telle tribu, ces Musulmans n'ont pas la latitude de porter témoignage de sa généalogie sur la base de la seule parole de cet étranger. Mais à supposer que cet homme ait des connaissances chez les Dhimmîs (de la région), et que ceux-ci en informent les Musulmans du quartier, en sorte que la chose devienne connue et notoire, et qu'il soit venu à l'esprit des gens du quartier que cet (étranger dans son affirmation) est véridique, alors les gens du quartier auront la latitude de porter témoignage de sa généalogie à cause de la notoriété qui a eu lieu par l'information des Dhimmîs (de la région). Sur la même base, si l'Islam de (quelqu'un de ces prisonniers) devient chose notoire à cause de la parole des (masses ennemis), on statuera en faveur de son Islam.

• 4404. Si les Musulmans font prisonniers un groupe d'ennemis en guerre qui n'ont de traits caractéristiques ni de Musulmans ni de Dhimmîs, mais qui affirment être Musulmans ou Dhimmîs, et qu'on n'ait pas ajoutté foi à leur parole; —ou même s'ils n'affirment rien— jusqu'à ce que le chef de l'Etat musulman les transfère sur le territoire islamique, et qu'avant qu'il les ait partagés en butin ou vendus, quelqu'un d'entre les Musulmans —ou: un Dhimmî— on ajoutera foi alors à l'affirmation (du prisonnier) à cause du témoignage de ce (Musulman), et on le laissera partir. Un tel témoignage, qu'il soit donné sur le territoire islamique ou sur le territoire ennemi, c'est égal.

comm. Car le simple transfert sur le territoire islamique ne fait du (prisonnier) la propriété de personne en particulier, mais[1] renforce seulement le droit général (des conquérants), déjà ètabli. Or ce témoignage concerne la qualité de Musulman (de ce prisonnier) alors que le droit sur sa personne appartient à la communauté des Musulmans (de manière indéterminée). Voilà pourquoi on admettra ce (témoignage comme on l'admettrait s'il avait été porté déjà sur le territoire ennemi.

2221 • 4405. *Mais si le chef de l'Etat musulman a vendu ces (prisonniers en question) ou les a partagés en butin, et qu'ensuite vienne un Musulman porter témoigange du fait qu'un de ces (prisonniers) était Musulman —ou: Dhimmî— on n'admettra pas son témoignage (tout seul).

comm. Car ce (prisonnier) est devenu la propriété d'un particulier, d'entre les (conquérants etc.) et, par conséquent, le titre de propriété de celui-ci ne sera annulé que sur le témoignage de deux hommes. En effet nous avons déjà rappelé dans le chapitre précédent (IV, 326) que sur ce point il y a divergence de récits (sur l'opinion de Chaibânî).

• 4406. Et si (deux hommes ou plus) en portent témoignage après la vente —ou après le partage en butin— la vente ou le partage sera annulé.

comm. Car cela met en évidence que la vente ou le partage a été exécuté en cet homme alors qu'il s'agissait d'un homme libre. On l'annulera donc.

• 4407. A supposer que les (soldats) musulmans aient été dispersés (par la démobilisation), on dédommagera le bénéficiaire de la quote-part du butin en lui versant, aux dépens du Trésor Public Musulman, la valeur de cet (esclave qui lui a été enlevé); quant à l'acheteur, on lui versera, aux dépens du Trésor Public Musulman, l'équivalent du prix (qu'il a lui-même payé, quand on a enlevé à l'un et à l'autre ce prisonnier à cause du témoignage admis).

comm. Parce que ce (soldat ou acheteur) avait acquis sa quote-part en tout droit.

suite: Et à ce propos on n'admettra pas le témoignage de Dhimmîs, même si, (dans le cas de la vente), c'est un Dhimmî qui a acheté l'(esclave).

(1) Ainsi: بل dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: فلم

comm. Car ce témoignage aurait lieu au détriment des Musulmans. Ne vois-tu pas que si l'on admettait le (témoignage du Dhimmî), l'acheteur réclamerait aux Musulmans le remboursement du prix payé, au dépens du Trésor Public Musulman?

• 4408. Si les (soldats) Musulmans capturent quelqu'un des ennemis en guerre, et que celui-ci affirme qu'un Musulman lui a octroyé l'aman quand il se trouvait encore dans le fortin et n'avait pas encore été fait prisonnier, et que lorsqu'on interroge ce Musulman, celui-ci avoue lui avoir donné l'aman, on n'ajoutera quand même pas foi à sa parole à ce propos, sauf si deux Musulmans, autres que celui qui a octroyé l'aman, témoignent de l'aman.

comm. *Car celui qui a donné l'aman témoigne de son propre acte, du contrat 2222
qu'il a conclu (avec l'ennemi). Donc on rejettera sa parole et, par conséquent, il n'en restera que la réclamation de l'ennemi en guerre, appuyée d'aucun indice. Voilà pourquoi on n'y ajoutera pas foi.

• 4409. Au contraire si ce témoin musulman atteste que l'(ennemi en question) a embrassé l'Islam avant d'avoir été fait prisonnier, on admettra son témoignage, et l'on relâchera ce (prisonnier).

comm. Dans le cas en discussion, si un seul Musulman da caractère intègre, autre que celui qui a octroyé l'aman, porte témoignage de l'aman donné, on n'admet pas ce témoignage, jusqu'à ce qu'il y ait deux hommes intègres pour en témoigner. La raison de cette différence est que l'aman n'exclut pas son bénéficiaire de la qualité d'ennemi en guerre. Un ennemi en guerre, même quand il obtient aman, reste un ennemi, sauf qu'il y a un empêchement qui enléve l'application de la règle découlant de cette cause (cette qualité de belligérance) et cette (règle) est annulée. Or on ne peut annuler la règle découlant d'une (telle) cause que sur le témoignage de deux hommes. Au contraire, sa conversion à l'Islam l'exclut de sa qualité d'ennemi en guerre. Donc quand il affirme qu'il est un Musulman, il nie la cause même qui autorise sa réduction en esclavage et qui lui attribue la qualité d'ennemi en guerre. Or le témoignage d'un seul Musulman, disant que ce (prisonnier) est un ressortissant du territoire islamique, est un témoignage concernant quelque chose de religieux, et c'est là une question où l'on admet la parole même d'une seule personne.

• 4410. Mais si un grand groupe de gens d'entre les esclaves, ou d'entre les gens qui, bien que punis pour avoir calomnié la chasteté d'une femme (**qadhaf**), sont intègres et non pervers, portent témoignage du fait que ce (prisonnier) a reçu l'aman, j'exécuterais leur témoignage.

comm. Car s'il y a un grand groupe de gens, on ne soupçonne pas qu'ils aient comploté de dire un mensonge, étant donné que s'ils l'avaient fait, leur secret auraient été divulgué. En effet la parole de tout un groupe apporte aux esprits des hommes une connaissance digne de confiance. Donc on statuera par là, comme on statue lors des traits caractéristiques qui apportent une connaissance digne de confiance, que ce (prisonnier) est un Musulman.

• 4411. A supposer que ce (prisonnier) soit déja partagé en butin, ou

vendu,— alors le titre de propriété d'un Musulman ou d'un Dhimmî s'est installé sur lui. Voilà pourquoi on n'admettra que le témoignage de deux Musulmans de caractère intègre (pour annuler la disposition déjà prise).

2223 **comm.** *Comme on l'a déjà expliqué.

• 4412. Si les (soldats) musulmans rencontrent, sur le territoire ennemi, un ennemi qui n'a ni les traits d'un Musulman ni les traits d'un Dhimmî, puis qu'il dise: "Je suis un Dhimmî", et qu'un Musulman intégre témoigne du fait que cet homme-là est un Musulman, l'homme capturé fera quand même partie du butin, et ne sera considéré ni comme un Musulman ni comme un Dhimmî.

comm. Car ce qu'affirme le capturé n'est pas attesté par le témoignage du témoin, et ce que le témoin a attesté a été infirmé par l'homme capturé. Donc ne s'établira ni l'Islam ni la qualité de Dhimmî, et l'homme restera un ennemi en guerre. On pourra donc le reduire en esclavage.

• 4413. Au contraire, si le Musulman intègre témoigne du fait que ce (prisonnier) est un Dhimmî, tandis que lui-même dit: "Je suis un homme musulman et non ce que dit le témoin", alors la déduction analogique voudrait qu'il soit butin pour les Musulmans, mais selon l'équité je le déclarerai Musulman et ne la mettrai pas au butin à réduire en esclavage.

comm. L'argument en faveur de la déduction analogique à ce propos est que tous deux —(le prisonnier et le témoin)— divergent quant à la cause, et ce qu'affirme le capturé n'est pas attesté pour le témoin et, par conséquent, le (fait) ne s'établit pas. De même ce qu'atteste le témoin n'a pas été affirmé par l'homme capturé. Donc aucun des deux faits ne s'établit et, par conséquent, le (prisonnier) sera partie du butin.

suite du comm. L'argument en faveur de l'équité à ce propos est qu'il y a possibilité de concilier l'affirmation et le témoignage. Car il arrive qu'un Dhimmî embrasse l'Islam après avoir été Dhimmî. Donc on considérera qu'autrefois il était Dhimmî, comme l'atteste ce témoignage, puis qu'il a embrassé l'Islam maintenant. Et puisqu'il y a possibilité de conciliation, on conciliera. Dans le cas précédent, la concilitiation n'était pas possible, car après avoir été Musulman on ne peut pas devenir Dhimmî (sans apostasie, qui n'est pas autorisée). Donc on considérera qu'il y a une infirmation mutuelle concernant la cause. Une autre raison est que l'Islam comporte (les avantages de) la qualité de Dhimmî et plus encore, car (Dhimmî vient du mot dhimma et) dhimma signifie garantie. Dans un hadith le Prophète a dit: **"Quiconque viole la dhimma (garantie) donnée par un Musulman, recevra comme punition telle et telle chose".** Mais l'Islam est la plus haute des deux dhimma (de celle qu'apporte la qualité de sujet non-musulman et celle qu'apporte la conversion à la religion islamique). Dans le cas présent, la témoin du demandeur a
2224 attesté une partie de ce que le demandeur affirme, en accepte* le témoignage dans la mesure du témoignage apporté (et non toute le demande). Il en sera donc de même ici: par l'attestation du témoin sera établie la qualité de Dhimmî de ce (prisonnier-demandeur), puis après cela on statuera sa conversion à l'Islam après

l'établissement de sa qualité de Dhimmî. Il arrive que des gens embrassent l'Islam après avoir été Dhimmîs. Pour cette raison, on admettra le témoignage de ce (Musulman) à titre d'équité.

• 4414. A supposer que le (prisonnier) dise: "Je suis un Dhimmî, et je ne suis pas un Musulman", puis que deux témoins intègres parmi les Musulmans attestent que cet homme est un Musulman, je déclarerai qu'il est Musulman.

comm. Car son Islam est établi par le témoignage de deux témoins. S'il le nie après que son Islam est établi par le témoignage de deux témoins, c'est une apostasie de sa part, et l'on considérera qu'il était Musulman et qu'il a apostasié —que Dieu nous en garde!— et on le traitera comme n'importe quel apostat: s'il embrasse de nouveau l'Islam, il sera homme libre, et s'il ne le fait pas, il sera puni de mort.

• 4415. (Chaibânî) dit encore: Si l'on capture un Musulman sur le territoire ennemi, et qu'il y ait avec lui des bêtes bovines et ovines ainsi que des cavales de heras, conduites par un groupe de gens, et qu'il dise: "Tout cela m'appartient, et ces gens-là son mes salariés d'entre les Dhimmîs, venus avec moi du territoire islamique", et qu'eux confirment son dire, alors c'est sa parole qui prévaudra, et on ne pourra rien faire contre eux.

comm. Car ces bêtes se trouvent en la main de ces gens, et quand ces gens confirment ce que le (Musulman) a dit, ils avouent être en le main (=les subordonnés) de ce Musulman, eux ainsi que ce qui se trouve en leur main en fait de bêtes. Nous avons déjà mentionné que si un Musulman qui est allé sous sauf-conduit dit que ce qui se trouve en sa main est sien, on lui ajoute foi en cela.

• 4416. Mais si ces gens qui sont en sa main (=sous ses ordres) le nient et disent: "Nous sommes bien des Dhimmîs, comme il le dit, mais tout ce qui est en nos mains est nôtre", alors c'est leur parole qui prévaudra, et ils seront traités comme des Dhimmîs.

comm. * La raison en est que ce Musulman a témoigné pour eux de leur 2225
qualité de Dhimmîs. Donc leur qualité de Dhimmîs sera ètablie par un témoignage; et quand leur qualité de Dhimmîs est établie et qu'ensuite ils nient l'existence du contrat de location, rien de ce qu'ils ont en leur main en fait de bêtes pâturantes ne se transfere en la main de ce Musulman, mais tout reste à eux.

• 4417. A supposer que ce Musulman soit un homme connu, et qu'il dise: "Ceux qui conduisent les bêtes de pâturage sont des ennemis en guerre, et je les ai engagés moyennant un salaire pour qu'ils les conduisent, mais elles sont à moi", et si ces gens-là qui l'accompagnent confirment son dire, mais qu'on ne connaisse le fait de l'existence de ces bêtes en la main possédante de ce (Musulman) que par la parole de ces (ennemis en guerre), alors toutes les bêtes bovines et ovines (etc.) feront partie du butin (pour l'armée musulmane sur le territoire ennemi), et qu'on ne lui ajoutera pas foi à ce propos.

comm. Car ces salariés ne jouissent d'aucun aman par le contrat de location. En effet l'aman ne s'établit jamais en la faveur de ces (ennemis) même si ce

(Musulman civil) le leur octroie de façon précise sur le territoire ennemi; donc c'est à plus forte raison que l'aman ne doive pas s'établir en leur faveur par le simple contrat de location. Donc si l'aman ne s'établit pas en leur faveur, ces (ennemis) feront partie du butin pour les (soldats) musulmans, et avec eux les bêtes de pâturage qui sont en leur main.

• 4418. Mais s'il est connu par le témoignage de deux hommes que ce (troupeau) était en la main possédante de ce (Musulman), puis que c'est lui qui l'a confié à ces (ennemis salariés), alors la (troupeau) sera à ce (Musulman);—

comm. Car si ce fait est connu, alors la main possédante de ces (ennemis salariés) est comme la main de ce Musulman, et ce sera donc comme si le (troupeau) restait en la main de ce Musulman. Or ce qu'un Musulman a en sa main (sur le territoire ennemi) ne peut pas être pris en butin;—

• 4419. Mais ceux qui conduisent ce (tropeau) feront partie du butin pour les (soldats) musulmans, même si l'on connaissait qu'ils étaient des salariés de ce (Musulman).

2226 **comm.** * Car le contrat de location implique un aman en leur faveur, mais (ce touriste musulman) ne peut pas donner d'aman pour eux sur le territoire ennemi.

suite: Toutefois si ce Musulman parvient à les faire rentrer sur le territoire islamique, ils jouiront de l'aman(1).

comm. Car un aman précis donné par un Musulman sur le territoire islamique est correct. Il en sera donc de même si l'aman s'établit (implicitement) au moyen du contrat de location. Et tout pouvoir provient de Dieu.

2227

* Chapitre (210)

DE L'INVITATION A L'ISLAM

Ce chapitre ne se trouve pas dans la généralité des copies(2)

• 4420. Ainsi parle Chaibânî: Si une peuplade d'ennemis en guerre entend perler de l'Islam mais n'en connaît pas certains détails, puis que les Musulmans fassent la guerre contre elle, et que ces (ennemis) offrent de se convertir, mais que le commandant qui dirige les Musulmans le leur refuse, et qu'il les combatte pour les vaincre de force, alors il lui faut leur présenter l'Islam: s'ils embrassent l'Islam, il faudra les laisser partir, et leurs biens, leurs familles et leurs terres seront à eux;—

---

(1) Pour l'effet du **non man's land,** voir supra • 885, à ce même propos.

(2) Cette phrase *_* ajoutée évidemment par un copiste est très ancienne. En effet on la trouve dans les MSS sur lesquells l'éd. de Haiderabad s'est basée, de même que les MSS dont disposait le traducteur turc 'Aintâbî. Le MS de Beyrouth ne fait pas non plus une exception. (D'après M. Munajjed c'est le MS le plus ancien connu actuellement, mais jugeant d'après l'état de son texte, plein de fautes de copitste, je pense qu'il a été confectionné d'après un très ancien MS mais que lui-même ne l'est pas aussi ancien.)

comm. Car la guerre n'est légale qu'en vue de l'Islam, comme l'a dit le Prophète: “Il m'a été commandé de combattre les gens jusqu'à ce qu'ils disent: ‘il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même’”(1). Or si ces gens-là ont demandé (qu'on leur présente) l'Islam, c'est qu'ils en étaient avides. Il fallait donc que le chef de l'Etat musulman (le commandant) leur expliquât l'Islam avant de combattre, pour qu'ils embrassent l'Islam. Donc quand il les a combattus sans leur expliquer l'Islam, il a commis une erreur. Il lui incombe donc de revenir de son erreur et de leur présenter l'Islam après les avoir vaincus. S'ils embrassent l'Islam, ce sera comme s'ils l'avaient embrassé avant qu'on les ait vaincus et, par conséquent, ils restent hommes libres comme aupravant;—

• 4421. Mais s'ils refusent (maintenant) d'embrasser l'Islam, on les déclarera quand même Dhimmîs (et gens libres).

comm. * Car ils sont tombés en la main des Musulmans alors qu'ils jouissaient 2228
de la protection, et les combattre était en effet chose interdite pour le chef de l'Etat Musulman, puisque ces gens-là avaient demandé l'Islam (et selon le Qurân 9/6, pendant et après l'explication de l'Islam, une telle personne jouit de la protection). Voilà pourquoi on ne les traitera pas en butin, mais on les déclarera Dhimmîs.

• 4422. Si le chef de l'Etat commet (encore) une erreur et les réduit en esclavage, prélève sur eux le cinquième gouvernemental et les partage en butin —ou même s'il ne le fait pas— il lui faut revenir sur son erreur et leur présenter l'Islam.

comm. Pour la raison que nous avons dite, à savoir que c'était une erreur de les capturer et réduire en esclavage alors qu'ils étaient avides de l'Islam. Or il ne faut pas perpétuer une erreur, mais revenir sur elle.

• 4423. Puis s'ils embrassent l'Islam, il faut les laisser partir, en annulant le partage qui a été fait d'eux, et il faut leur rendre leurs biens. Mais s'ils refusent (maintenant) d'embrasser l'Islam, leur partage en butin sera laissé tel; et, après avoir fait ce (partage), on ne les déclarera pas Dhimmîs (de statut libre).

comm. Car (avant les combats) ils ne jouissaient d'aucun aman précis, pour que l'aman les préserve d'être partagés en butin; l'aman s'est établi **de jure** en leur faveur quand ils ont demandé (qu'on leur explique) l'Islam; et quand ensuite ils refusent de se convertir à l'Islam, cela montre que leur demande ne venait pas de leur avidité de l'Islam, mais qu'ils (l')ont demandé pour écarter d'eux la guerre. Donc ils deviennent comme une peuplade que les Musulmans auraient combattue, sans qu'elle ait eu aucune notion de l'invitation (à l'Islam), ni qu'elle nous ait demandé (qu'on lui présente) l'Islam. Donc si de tels (ennemis) embrassent l'Islam, ce sera des gens libres, et s'ils la refusent, on les déclerera Dhimmîs, mais si le chef de l'Etat musulman les partage en butin, ce partage de sa part sera exécutoire, étant donné que cette question est de celles où il y a possibilité de faire un effort d'opinion (ou les avis different). En effet ce sont là des ennemis en guerre, qui ne jouissent

(1) Déjà cité aupravant • 10, 153.

d'aucun aman précis. Voilà la decision du chef de l'Etat musulman sera exécutoire, à cause de la faculté qu'il y a de faire un effort d'opinion (**ijtihâd**). Il en a donc de même ici (dans le cas des gens qui ont demandé qu'on leur expilque l'Islam).

• 4424. A supposer que le chef de l'Etat musulman ignore (cette loi) et qu'ainsi il tue leur combattants avant de leur présenter l'Islam rien lui incombe pour cela.

2229 **comm.** * Car il les a tués alors qu'ils étaient des belligérants, qui ne jeu jouissaient pas de l'aman. Donc rien ne lui incombe du fait de leur mise à mort. Ce sera comme l'autre cas, où les Musulmans capturent certains mécréants comme prisonniers de guerre et que le chef de l'Etat musulman veuille les mettre à mort: s'ils disent: “Nous voulons embrasser l'Islam”, le chef de l'Etat n'a plus la faculté de le tuer avant de leur presenter l'Islam; mais à supposer qu'il les mette quand même à mort avant de leur présenter l'Islam, rien ne lui incombe du fait de leur mort, sauf que l'on considérera qu'il a mal agi dans ce qu'il a fait. Il en sera donc de même ici.

• 4425. Mais s'il les met à mort après qu'ils ont embrassé l'Islam, il faut distinguer: S'il les tue après les avoir transféres sur le territoire islamique, lui faudra dédommager de leur valeur et ce (prix du sang) fera partie du butin pour ceux qui les ont captures, étant donné qu'on aprécie la valeur à cause de la mise en sécurite au moyen du territoire islamique; toutefois le talion tombera, à cause du doute;—

comm. Car il les aura mis à mort par l'exercice de l'opinion et par son effort de déduction, et non pas pour rien;—

• 4426. Mais s'il les a mis à mort sur le territoire ennemi, aucun dommage ne lui incombera, pour la mise à mort de ces (prisonniers), en faveur des (soldats) musulmans.

comm. Car on apprécie la valeur quand il y a eu mise en sécurité au moyen du territoire islamique, chose qui n'a pas eu lieu (dans ce dernier cas)(1).

• 4427. Si des mécréants (ennemis) qu'assiègent les Musulmans demandent qu'on leur présente l'Islam(2), et si le chef de l'Etat musulman l'accepte, puis qu'ils disent: “Donnez-nous un délai d'un, deux ou trois jours”, cela dépend du chef de l'Etat: s'il le veut, il leur donnera le délai, et s'il le veut, il ne leur donnera pas le délai.

---

(1) Il est difficile d'aprécier tout le raissonnement. On veut sans doute dire que, quand on les capture, il y a la chance que le chef de l'Etat décide de les réduire en esclavage. Donc le droit des bénéficiaire du butin s'y installe de jure. Puis quand on les met injustement à mort, ce ne sont plus les proches parents des victimes, mais les bénéficiaires éventuels du butin qui ont droit au prix du sang de ces prisonniers de guerre. Il n'y a pas talion contre le chef de l'Etat, dans ce cas, parce que dans l'exercice de sa fonction et dans l'administration de la justice, il peut punir de mort n'importe quel Musulman, et il peut y avoir des erreurs de jugement.

(2) Ainsi: الاسلام dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: دار الاسلام

comm. * Car si un apostat demande un délai, le chef de l'Etat musulman lui 2230
accorde le délai s'il le veut. Il en sera donc de même ici[1].

• **4428.** Puis s'il ne leur accorde aucun délai mais qu'il les combatte et les domine par la force, les capturant et les réduisant en esclavage, et s'il y prélève le cinquième gouvernemental et les partage en butin, ce sera valide.

comm. Car quand le chef de l'Etat leur donne réponse favorable pour leur expliquer ce qu'est la foi islamique, il fait son devoir; mais quand ensuite ces gens-là demandent un délai, après que le chef a accepté leur (première demande, pour expliquer pour eux l'Islam), le manquement vient d'eux. Et leur manquement ne peut pas empêcher le chef de l'Etat de les combattre. Donc il est loisible au chef de les combattre et, quand il les domine, il lui est loisible de les partager en butin.

suite du comm. Car ces (ennemis) tombent en notre main alors qu'il est loisible aux Musulmans de les combattre; donc le statut d'aman [2] ne s'établit pas en leur faveur. Voilà pourquoi il lui est licite de les partager en butin, au contraire du cas précédent: car là s'ils nous avaient demandé une chose qui protégeait leur vie et leurs biens tout de suite sans demander de délai, et si le chef de l'Etat musulman ne leur avait pas donné réponse favorable, le manquement serait venu du chef de l'Etat. Voilà pourquoi il aurait incombé au chef de l'Etat de revenir sur sa décision, et de les déclarer hommes libres s'ils avaient embrassé l'Islam; et sinon, de les déclarer Dhimmîs.

• **4429.** Si on a déjà présenté l'(Islam) à ces gens-là et qu'ils sachent ce à quoi on les invite; et si, lorsque les Musulmans arrivent et les assiègent, ils disent: "Nous voulons embrasser l'Islam, présentez-nous (de nouveau) l'Islam, afin que nous l'acceptions (**litt.** que nous vous donnions réponse favorable à ce propos), alors il faut que le chef de l'Etat musulman le fasse;—

comm. Car il se peut que ces gens-là embrassent l'Islam, et qu'ainsi on s'épargne la peine des combats;—

• **4430.** * Mais si les Musulmans et leur commandant refusent de le faire, et 2231
qu'ils les combattent et les fassent prisonniers avant que les autres embrassent l'Islam, cela leur est permis.

comm. Car ces (ennemis) ont déjà connu aupravant ce qu'est l'Islam et il leur était possible d'embrasser l'Islam tout de suite avant qu'on le leur présente (de nouveau).

• **4431.** Donc quand ils n'embrassent pas l'Islam, ne manquement provient d'eux. Il n'est donc pas interdit de les combattre et de les capturer pour les réduire en

---

(1) Il veut sans doute dire que le délai demandé par ces ennemis peut n'être qu'un simple prétexte, pour nuire à la stratégie islamique de la guerre.

(2) Ainsi: الامان dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: الاذان

esclavage, à cause de ce manquement qui provient d'eux-mêmes, au contraire du cas précédent.

comm. Car là ils ne savaient pas encore ce que signifiait l'Islam, et il ne leur était pas possible d'embrasser l'Islam sans qu'on le leur présente. Donc le manquement serait provenu des Musulmans et, par conséquent, il était interdit de les combattre et de les réduire en esclavage.

• 4432. S'il y a une peuplade, habitant à quelque extrémité de la terre, et à qui l'Islam ne soit point parvenu, et que personne ne les y ait invités, alors les Musulmans n'ont pas la latitude de les combattre avant d'avoir invité ces gens-là à l'Islam.

comm. Cela à cause du hadîth qu'on nous a transmis, à savoir que quand le Prophète envoyait une armée, il disait aux (membres de l'armée): **"Quand vous assiégez un fortin ou une ville, invitez-les à l'Islam..."** Une autre raison en est que ces autres ne savent pas pourquoi on les combat. Or s'ils savaient qu'on les combat pour l'Islam, il se pourrait qu'ils se soumettent à l'Islam, et que les Musulmans n'aient plus besoin de combats.

• 4433. Si les Musulmans combattent des mécréants qui n'ont jamais aupravant connu l'Islam, et cela, avant de les y inviter, puis que les (Musulmans) les capturent,
2232 ils auront commis une erreur à ce propos. * Car comme nous l'avons dit, il leur incombe de (les) inviter à l'Islam. Il faut donc que le chef de l'Etat musulman présente l'Islam à ces (prisonniers), et si ceux-ci embrassent l'Islam, qu'il les laissent partir;—

comm. Car ces (ennemis) ne refusent pas l'Islam. Ce sera comme s'ils étaient tombés en la main des Musulmans après avoir embrassé L'Islam. Il nous incombe donc de les laisser partir et de leur rendre leurs biens et leurs terres;—

• 4434. Mais s'ils refusent d'embrasser l'Islam, on les déclarera Dhimmîs (de statut libre), et devant payer la capitation. Après qu'on les a capturés, on ne les laissera pas redevenir ennemis en guerre (devenir indépendants du gouvernement islamique).

comm. Cela pour la raison que nous avons dite, à savoir que le chef de l'Etat musulman les a combattus alors que les combats contre eux étaient chose illicite. Par conséquent ce sera comme si ces (ennemis) jouissaient de la protection et de l'aman. On ne pourra donc pas faire d'eux un butin.

• 4435. A supposer que le chef de l'Etat musulman soit d'avis de les partager en butin —ou de mettre à mort les combattants d'entre eux— et qu'il le fasse, puis que l'affaire vienne devant un autre juge (chef de l'Etat musulman?) qui soit d'avis qu'une telle décision est nulle, il laissera quand même exécutoire ce que l'autre a fait.

comm. Car quand le chef de l'Etat a décidé à propos de ces (prisonniers) de les partager en butin, il s'agit d'un point dépendant d'un effort d'opinion (**ijtihâd**). Une

autre raison en est que ces gens-là étaient des ennemis en guerre. Or si quelqu'un est ennemi en guerre ce fait est la cause qui permet de le combattre et de le réduire en esclavage, sauf s'il y a une entrave. L'entrave est qu'on demande des renseignements (sur l'Islam). Or cette entrave n'existe pas (ici). Voilà pourqui il est licite de les combattre, et la cause de cette licéité subsiste. Pour cette raison, le point dépendant d'un effort d'opinion et, par conséquent, la décision prise par le (chef de l'Etat) seront exécutoires: on ne peut pas les casser par la suite.

• 4436. En outre, il ne lui incombera pas de dédommager de ceux d'entre eux qui ont été tués. Cela selon notre école (hanafite), mais selon ach-Châfi'î, si l'on tue quelqu'un avant de l'avoir invité à l'Islam, il faut dédommager par le prix du sang; * 2233

comm. Car ces (ennemis) se rattachent à la religion d'un quelconque des (anciens) prophètes il incombe donc de dédommager par le prix du sang. Mais nous disons que ces gens-là croyaient en une fausse religion. Croire en une fausse religion est mécréance. Cet homme était donc un mécréant, et rien n'incombe si on le tue. En outre, le prix du sang qui incombe au meurtrier (dans ce cas) est, selon certains récits, égal aux prix du sang d'un Musulman; et selon les autres récits égal à celui d'un Mage(1), qui est le plus bas des prix du sang(2). Bref, les ennemis en guerre sont de trois catégories: la **première catégorie** comporte ceux auxquels l'invitationà à l'Islam n'est pas encore parvenue et qui n'ont pas embrassé l'Islam, c'est-à-dire qu'ils n'en ont pris aucune connaissance por pouvoir l'accepter; pour ceux-ci il faut que le chef de l'Etat musulman fasse parvenir (d'abord) l'invitation à l'Islam; et s'il les tue ou les capture pour les réduire en esclavage avant de les avoir invités (à l'Islam), et qu'il trouve cela correct, alors on ne renversera pas cette décision (quand elle est exécutée), même si ces gens-là embrassent l'Islam. La **deuxième catégorie** est de ceux auxquels l'invitation n'est pas parvenue —ou même si elle leur est parvenue, ils n'en connaissent pas les détails explicatifs— et qui demandent aux Musulmans de leur expliquer la religion islamique afin de pouvoir l'embrasser; ceux-là, il faut que le chef de l'Etat musulman ne les tue pas et ne les capture pas pour les réduire en esclavage, tant qu'il ne leur a pas appris (les détails de l'Islam); et s'il les fait prisonniers pour leur présenter ensuite l'Islam, et que ces gens-là embrassent alors l'Islam, il faudra cesser ce partage. La **troisième catégorie** est de ceux qu'on a déjà invités plusieurs fois à l'Islam, en sorte qu'il savent à quoi on les invite, puis qui demandent (de nouveau maintenant, lors du siège) aux Musulmans (de leur expliquer encore une fois l'Islam) pour qu'ils puissent l'accepter: il est mieux de la part des Musulmans de les inviter (encore une fois) à l'Islam, mais si les Musulmans ne le font qu'après les avoir combattus et capturés

(1) Le traducteur turc, 'Aintâbî cite l'ouvrage **al-Manzûma** d'an-Nasafî pour signler que selon certains avis, le prix du sang d'un "Scripturaire" est un tiers de celui d'un Musulman, et celui d'un Mage est égal à un dixième de celui d'un Musulman. Mais selon l'école hanafite, le prix du sang est pareil pour tout le monde.

(2) L'éd. porte ici l'addition: "sur le territoire de l'ennemi en guerre", addition qui ne donne aucun sens ici, et qui n'existe ni dans le MS de Beyrouht ni dans la traduction turque.

pour les réduire en esclavage, cela leur est licite, et on ne rendra pas par la suite à ces (esclaves) leur statut de liberté, même s'ils embrassent l'Islam, vu que le manquement est venu de ces (ennemis).

• 4437. (Chaibânî) poursuit: S'il y a une peuplade ennemie à laquelle l'Islam n'est jamais parvenu et qu'on n'a pas non plus invitée à l'Islam, et si cette peuplade arrive dans le territoire islamique pour combattre les Musulmans, et que les Musulmans les combattent sans les inviter à l'Islam, en se défendant, pour tuer les unes, pour capturer les autres et pour faire butin de leurs biens, ce sera licite pour les Musulmans: on y prélèvera le cinquième gouvernemental, et on partagera le reste entre ceux qui l'on capturé.

comm. * Car si même un Musulman brandit son épée sur un autre Musulman,
2234 celui-ci a le droit de tuer l'autre en se défendant. Il en sera donc de même ici à plus forte raison. Le point est que si en ce moment on s'occupait d'inviter (ces envahisseurs) à l'Islam, il se pourrait que la capture et la tuerie vînt atteindre les femmes, les biens et même les personnes des Musulmans. Il n'est donc pas obligatoire d'inviter à l'Islam (lors d'une guerre défensive).

• 4438. Au contraire, si on combat ces (ennemis) sur leur territoire, alors il ne faut pas que les Musulmans les combattent avant de les avoir invités (à l'Islam).

comm. Car alors les (Musulmans) ne combattent pas pour se défendre, mais pour l'Islam. Il est indispensable donc qu'on invite à l'Islam.

suite: Si un groupe de paiens de l'Arabie, parmi les idolâtres, n'a jamais reçu d'invitation à l'Islam, mais qu'ils aient entendu parler de l'Islam sans savoir ce que c'était, puis que les Musulmans les attaquent par surprise, pour les capturer, il faut alors que le chef de l'Etat musulman les invite à l'Islam et, s'ils embrassent l'Islam, qu'il les laisse partir;—

comm. Car ils sont tombès en notre main sans combat ni guerre, et ils ne sont pas non plus Musulmans;—

• 4439. Mais s'ils refusent d'embrasser l'Islam, on les tiendra en prison jusqu'à ce qu'ils embrassent l'Islam, mais on ne les mettra pas à mort. (A noter qu'il s'agit d'idolâtres, à l'exclusion des Juifs, des Chrétiens, des Mages ou membres d'autres religions théistes).

comm. Car il n'y a pas de raison qu'on leur impose la capitation; car le Prophète à bien dit: **"Deux religions ne se réuniront pas sur la Péninsule Arabique"**(1). Il n'y apas de raison non plus pour qu'on les mette à mort, car ils sont tombés en nos mains sans(1) que ce soit par la voie de guerre. Ils seront donc comme

(1) Cet argument de Sarakhsî semble être déplacé. Cette parole du Prophète provient de son testament sur le lit de mort, qui exige que les Dhimmîs, parmi les juifs, Chrétiens etc., que le Prophète a acceptés et tolérés comme sujets de l'Etat islamique, soient transférés dans d'autres régions de l'Etat islamique. On n'admet pas des idolâtres de l'Arabie autre chose que l'Islam, pour une autre parole du Prophète, cf • 10. 153.

ceux des ennemis qui viennent sous sauf-conduit. Il n'y a donc d'autre possibilité que de les incarcérer.

• 4440. * S'ils meurent sur leur mécréance, l'esclavage ne s'exécute pas en leurs familles; au contraire, leurs héritiers héritent de leurs biens.

comm. Car ils ont le statut des ennemis venus sous sauf-conduit[2]. Or on ne 2235
peut pas faire butin des biens et des familles de ceux qui sont venus sous sauf-conduit.

• 4441. Toutefois, au moment où ils refusent d'embrasser l'Islam, si le chef de l'Etat musulman est d'avis de mettre à mort les combattants, de réduire en esclavage les familles, et de partager en butin les terres et les biens (de ces gens-là), puis qu'il le fasse, ce qu'il aura fait sera valide.

comm. Car ils tombent en la main des Musulmans alors qu'ils sont ennemis en guerre, et qu'on leur a délibérément refusé l'aman. Donc il s'agit d'un cas où s'exerce l'effort de raisonnement, pour mettre à mort leurs combattants et réduire en esclavage leur familles. Donc si le (chef de l'Etat) agit ainsi par opinion (**ra'y**) et effort de raisonnement (**ijtihâd**), ce sera valide.

• 4442. Il en sera de même si un groupe d'apostats gagnent le territoire ennemi, accompagnés de femmes apostates, puis qu'ils aient des enfants d'elles, si les apostats (originels) meurent en laissant des enfants de leur religion (non-islamique), qui ne connaissent pas ce qu'est l'Islam, les Musulmans n'auront pas la latitude de combattre ces (descendants des apostats) sans les avoir invités à l'Islam.

comm. Car ils n'ont jamais été Musulmans, (ils sont comme des non-Musulmans d'origine).

• 4443. A supposer que l'on combatte quand même ces (descendants d'apostats) sans les avoir invités d'abord à l'Islam, et qu'on les capture, on leur présentera l'Islam: et s'ils embrassent l'Islam, on leur remettra leurs biens et leurs familles (capturés).

comm. Car ils n'ont pas refusé l'Islam, et ce sera comme s'ils avaient embrassé l'Islam avant la capture de leurs personnes et de leurs biens.

• 4444. Mais s'ils refusent, on les incarcérera, car il n'y a pas possibilité de les déclarer Dhimmîs[3];—

(1) Le mot: لا "sans" manque à l'éd., supplée d'après l MS de Beyrouth.

(2) Sarakhsî a donné une raison meilleure et plus convaincante dans son **Mabsût** (X, 40, 118), et dit qu'au début le Prophete mettait les Arabes idolâtres en esclavage, mais par la suite il promulgua la loi que les Arabes ne seront pas reduits en esclavage: لارق على عربي

(3) Quelques lignes plus loin, Chaibânî dira que les avis sont partagés sur ce point, et on peut les accepter comme Dhimmîs. Voir la note suivante.

2236 **comm.** * Car ce sont des apostats, et on n'impose pas la capitation à un apostat;—

suite: Toutefois on ne les mettra pas à mort, car ces (descendants d'apostats) n'ont jamais eux-mêmes professé l'Islam.

comm. Donc il ne mériteront pas la peine de mort, propre aux apostats.

• 4445. Mais si le chef de l'Etat musulman est d'avis qu'il faut les mettre à mort, réduire en esclavage leurs famille, et partager leurs biens en butin, puis qu'il le fasse, ce sera valide.

comm. Car le cas est celui où on a besoin de faire un effort de raisonnement, puisque, comme nous l'avons dit, ce sont des ennemis en guerre, et on ne leur a pas précisément donné l'aman (et on ne trouve rien de précis sur ce point dans le Qur'ân ou dans le Hadîth.

• 4446. Il en sera de même d'un groupe de mécréants arabes, d'entre les idolâtres: si les Musulmans les invitent à l'Islam et que les autres refusent de l'accepter, puis que les (Musulmans) les combattent et les assiègent, si ces (assiégés) disent aux Musulmans: "Nous voulons capituler (**litt.** descendre) devant le commandement de Dieu", et que les (Musulmans) disent: "Descendez", alors les Musulmans leur présenteront l'Islam: et s'ils embrassent l'Islam, rien à faire contre eux, pour la raison que nous avons dite; mais s'ils refusent d'embrasser l'Islam, on les contraindra à embrasser l'Islam et on les tiendra en prison jusqu'à ce qu'ils embrassent l'Islam, car il n'y a pas de raison de les mettre à mort.

comm. Etant donné qu'ils sont sortis (de leur fortin) sur l'aman.

suite:. Il n'y a pas non plus raison de * leur imposer la capitation.

comm. Car ce sont des paiens de l'Arabie.

suite: On ne peut pas non plus les laisser rentrer dans leurs fortins.

comm. Car ce n'est pas le commandement de Dieu de les laisser rentrer dans le territoire ennemi pour qu'ils deviennent combattants contre nous. Il ne reste de raison que de les incarcérer.

2237 **suite:** * Celui d'entre eux qui mourra, ses héritiers hériteront de ses biens.

comm. Car ils ont le statut d'ennemis venus sous sauf-conduit.

• 4447. Si un des chefs de l'Etat musulman est d'avis qu'il faut accepter des paiens de l'Arabie la capitation, ce sera valide, bien que ce soit une erreur.

comm. Car le point dépend de l'effort de raisonnement. En effet Dieu a dit (9/29): **"Combattez ceux qui ne croient ni en Dieu..."** etc. pour dire enfin: **"Jusqu'à ce qu'ils versent la capitation sur le revenu des mains; et qu'ils se fassent petits"**. Il n'y a dans ce verset aucune réserve (en faveur des uns à l'exclusion des autres). En outre, les paiens de l'Arabie et ceux du dehors de l'Arabie ont la même religion, même si leurs opinions et leurs désignations diffèrent (=tous sont des non-Musulmans).

• 4448. Il en sera de même quant aux descendants des apostats: si le chef de l'Etat est d'avis qu'il faut les déclarer Dhimmîs, ce sera valide[1].

comm. Car le point dépend de l'effort de raisonnement.

• 4449. De même si le chef de l'Etat est d'avis qu'il faut réduire en esclavage les (prisonniers faits sur les) paiens de l'Arabie, et qu'il y prélève le cinquième gouvernemental et qu'il les partage en butin, ce sera valide, et un autre chef n'aura pas la faculté d'annuler ce que le (premier) a fait.

comm. Car le point dépendait de l'effort de raisonnement, étant donné que ce sont là des ennemis en guerre. En outre l'opinion d'ach-Châfi'î est qu'il est valide de réduire en esclavage les paiens de l'Arabie.

• 4450. De même si ces gens-là capitulent devant le commandement de Dieu, et que le chef de l'Etat musulman soit d'avis qu'il faut y prélever le cinquième gouvernemental et partager (le reste), et qu'il le fasse, ce sera valide, et un autre chef n'aura pas la faculté de l'annuler.

comm. La raison est celle que nous avons dite, à savoir qu'il s'agit d'un point où on la latitude de faire l'effort de raisonnement. Et Dieu le Très Haut sait mieux.

* Chapitre (211) 2238

DE CELUI QU'IL INCOMBE AUX MUSULMANS DE SECOURIR, ET DE CELUI PAR QUI IL FAUT COMMENCER

• 4451. Chaibânî dit ceci: Si une armée des Musulmans entre sur le territoire ennemi, puis qu'on lui apporte la nouvelle que des mécréants sont venus dans quelque région du territoire islamique ou sur quelque frontière, si les membres de l'armée (musulmane) craignent que les (Musulmans) de la région frontalière ne soient pas de force contre l'ennemi qui est venu chez eux, alors il incombe aux (membres de l'armée musulmane) de faire une sortie vers ces gens (de le frontière menacée) et d'abandonner l'incursion (dans le territoire ennemi).

comm. Car quand ils craignent pour les gens de la frontière, il est du devoir de chaque Musulman de sortir vers eux et de les secourir, tandis que pénétrer dans le territoire ennemi est quelque chose de surérogatoire (**nâfila**), et tout au plus un devoir limité à un nombre suffisant (**fard kifâya**). Or un devoir impératif pour tous (**fard 'ain**) ne peut pas être abandonné pour entreprendre quelque chose de surérogatoire, ou même pour un de ces devoirs qui sont limités à un nombre suffisant de gens (et non à tout un chacun). En outre, s'ils font la sortie vers les gens

(1) Cf la note précédent sur IV, 348. Il semble que l'auteur pense à un autre argument juridique, exposé dans le chapitre 184 (IV, 192) etc., que les enfants des apostats seront contraints à se convertir à l'Islam, mais les enfants de ces enfants, non, si les enfants et les petits-enfants tous ont été élevés dans la mécréance de l'Islam.

de la frontière, ils atteindront deux buts combattre les mécréants, et sauver les Musulmans; au contraire s'ils continuent leur pénétration dans le territoire ennemi, ils ne feront que le seul combat contre les mécréants. Donc il est préférable qu'ils s'occupent d'une chose où il y a le sauvetage des Musulmans en sus du combat contre les mécréants.

• 4452. A supposer qu'ils ne craignent pas pour les gens de la frontiere, et que leur avis prépondérant soit que les (gens de la frontière) se feront justice (=pour se défendre), alors pas de grief à ce qu'ils continuent leur marche dans la guerre offensive, et abandonnent les (gens de la frontière menacée).

2239 **comm.** * Car jamais une armée ne s'avance vers le territoire ennemi sans qu'on craigne que l'ennemi ne se précipite (**litt.** s'incline) vers une frontière musulmane; et pourtant il ne lui est pas interdit de s'avancer. De même donc ici les (Musulmans) n'auront pas interdiction de continuer leur marche, étant donné que s'ils ne marchent pas en ce sens, il faudra abandonner la Lutte complètement. En outre, s'ils continuent leur marche, on inflige du tort à l'ennemi de deux façons, car il il se peut que les gens de la frontière remportent la victoire sur ceux qui sont venus chez eux; et aussi l'armée expéditionnaire, sur ceux qu'elle vise. Plus le tort est grand pour l'ennemi, plus c'est bien!

• 4453. Au contraire, si l'ont craint pour les gens de la frontière, mais qu'il y ait dans la région (**litt.** autour d'eux) des Musulmans qui, s'ils les aident, leur permettront de se faire justice de leur ennemi —l'avis prépondérant étant que ces Musulmans (de l'alentour) se dépêcheront vers ceux (de la frontière)— alors il y a latitude, pour (les membres de l'armée expéditionnaire), de continuer leur marche dans l'offensive.

comm. Pour la raison que nous avons dite, à savoir qu'on inflige ainsi du tort aux (ennemis) de deux façons.

• 4454. Mais si l'avis prépondérant des (membres de l'armée expéditionnaire) est que ces Musulmans (de la frontière) ne se feront pas justice contre les (envahisseurs ennemis), alors il leur incombe de rentrer de leur offensive.

comm. Pour la raison que nous avons dite. En effet dans de tels cas, il faut agir selon l'avis prépondérant, car le coeur (=le bon sens, la conscience ou la faculté de raisonnement) est l'arbitre dans les cas où il n'y a pas d'indice apparent exigeant l'application de la règle apparente. Ici l'indice apprent est inexistant. Donc c'est le coeur qui arbitre dans ce cas.

• 4455. A supposer que deux armées de Musulmans entrent séparément sur le
2240 territoire ennemi,* chaque armée dans une région, puis que la nouvelle parvienne à une de ces deux armées que l'ennemi s'est scindé en deux groupes, et qu'un groupe s'avance vers la frontière —d'où cette (armée musulmane) est sortie, ou même quelque autre point de la frontière— et que l'autre groupe (ennemi) s'avance vers l'autre armée (musulmane) qui est sortie en même temps que celle-ci: si cette armée musulmane craint que si elle ne porte pas secours, il y aura à craindre pour les deux

(cibles visées par l'ennemi), il faudra distinguer: si cette armée musulmane se trouve dans une situation telle que si elle se scindait en deux, une partie allant vers l'autre armée musulmane, et une autre partie vers la frontière, elle pense qu'elle se ferait justice de l'ennemi, il faut qu'elle se scinde en deux et que chacune des deux parties aille vers un groupe (musulman menacé) pour lui porter secours.

comm. Car ainsi on infligera du tort à chaque (groupe) ennemi, et ainsi il y aura sauvetage pour chaque groupe musulman. Et c'est ce qui incombe à cette armée (musulmane).

• 4456. Mais si elle pense que si elle se scindait, cela ne mettrait personne au large, alors elle ne se scindera pas, mais elle viendra au secours de l'autre armée (musulmane) qui se trouve sur le territoire ennemi et l'aidera et abandonnera les gens de la frontière.

comm. Car la crainte pèse davantage sur cette (autre armée), et elle est plus loin des renforts que les gens de la frontière; car il se peut que les Musulmans (du territoire islamique) viennent pour aider ces derniers, ou même que ces derniers (évacuent leur pays et) rejoignent les Musulmans (de l'intérieur), tandis que l'armée qui est attaquée par les ennemis venus du territoire ennemi ne recevra aide d'aucun musulman, et ne trouveront aucun endroit pour se replier. Pour cette raison l'autre armée mérite l'aide plus que les gens de la frontière.

• 4457. Et si l'avis prépondérant (de cette armée) est que l'autre armée se fera justice de leur ennemi, cette armée viendra auprès des gens de la frontière et abandonnera l'autre armée.

comm. * Car les membres de l'autre armée n'ont pas besoin de l'aide de cette 2241
armée, tandis que les gens de la frontière ont besoin d'aide et de secours. Aller vers eux est donc préférable.

• 4458. Et si l'avis prépondérant de la présente armée est que ni l'une ni l'autre (de l'armée et de la frontière) ne saura se faire justice de ses ennemis, mais si les membres de l'autre armée sont plus près du territoire islamique, et plus près aussi des Musulmans qui pourraient venir à leur aide, tandis que les gens de la frontière sont plus loin du territoire islamique (**sic!**), il incombera à cette armée d'aider les gens de la frontière.

comm. Car la crainte pèse (ici) davantage sur les gens de la frontière, et le renfort est plus loin d'eux. Il incombe donc davantage à l'armée de les aider.

• 4459. Si la chose est égale pour les deux groupes (musulmans), —c'est-à-dire la crainte qu'on a pour eux,— et que l'espoir aussi soit égal pour les deux, alors il incombe à cette armée d'aider celui des deux autres groupes qui est le plus près de son ennemi.

comm. Car cet ennemi est le plus proche des deux qui sont à proximité de cette armée (musulmane); or Dieu a bien dit (Q 9/123): **"...combattez ceux des mécréants qui vous avoisinent..."** En outre, si elle vient au plus proche des deux

(groupes musulmans menacés), il se peut qu'elle déroute cet ennemi-là, puis qu'elle aille vers l'autre groupe (menacé) pour le secourir, et qu'elle soit ainsi en mesure d'infliger du tort aux deux ennemis à la fois.

• 4460. Mais si ceux (des Musulmans) qui sont le plus éloignés de cette armée
2242 sont plus menacés, alors il est préférable * de les secourir plutôt que ceux qui sont plus proches. Et si la distance des (deux groupes menacés) est pareille, et pareille aussi la menace, alors l'(armée) viendra vers les gens de la frontière.

comm. Car le pire danger (**lit.** dommage) pour les Musulmans est dans la destruction des gens de la frontière. Il est donc préférable de défendre le corps du territoire islamique (**haram**) et de renforcer ainsi tous les Musulmans.

• 4461. A supposer que trois armées musulmanes entrent sur le territoire ennemi, chacune pénétrant dans une région distincte, et que l'ennemi attaque (**litt.** vienne à) deux armées en abandonnant le troisième; si cette troisième armée apprend le grand nombre de l'ennemi, et si l'avis prépondérant de cette armée est que les deux autres armées se feront justice de l'ennemi, elle continuera sa marche offensive.

comm. Car lesdeux autres armées n'ont pas besoin de son aide.

• 4462. Mais si son avis prépondérant est que l'une des deux autres armées se fera justice mais non l'autre, alors cette armée (non visée par l'attaque ennemie) viendra chez l'autre qui est incapable de se faire justice (de l'ennemi).

comm. Pour la raison que nous avons dite, à savoir qu'en agissant ainsi on inflige du tort à l'ennemi et on sauve les Musulmans.

• 4463. Mais si son avis prépondérant est qu'aucune des deux autres armées ne saura se faire justice de ceux qui l'attaquent, et que si elle-même se scindait en deux, cela ne mettrait personne au large, il faut distinguer: si une des deux armées (menacées) est plus proche du territoire islamique, il faut aller vers l'autre (qui est plus éloignée) et abandonner celle-ci.

2243 **comm.** * Pour la raison que nous avons dite, à savoir que la menace pour l'autre est pire.

• 4464. Si les deux autres armèes se trouvent dans une égale situation (précaire), cette armée (non attaquée) viendra cehz la plus proche des deux armées, même si cela impliquait la destruction de l'autre armée.

comm. Car l'ennemi de cette armée est plus proche d'elle.

• 4465. Si ceux (des Musulmans) qui sont près de cette (armée) sont peu nombreux, tandis que les autres sont plus nombreux, il faut commencer par les plus proches, et ne pas regarder qui est nombreux et qui ne l'est pas;—

comm. Car le droit du plus proche est plus impératif;—

• 4466. Sauf si un tel agissement nuit beaucoup aux Musulmans, et que l'on

craigne que les Musulmans subissent ainsi une desturction et soient humiliés; si telle est la situation, alors il faut aller au groupe le plus nombreux.

comm. Car en cela l'intérêt des Musulmans est plus grand et plus général.

• 4467. Si ceux qui sont plus proches sont les plus nombreux, et que ceux qui sont plus loin soient moins nombreux, ceux qui sont plus éloignés n'auront pas la priorité du secours, mais la priorité ira aux plus proches.

comm. Car il arrive parfois que le moins nombreux se fasse justice du plus nombreux, et par fois le plus nombreux ne se fait pas justice du moins nombreux. Donc le droit au secours ne dépend pas du nombre, moindre au grand, mais dépend de la proximité et de l'éloignement. Et tout pouvoir provient de Dieu le Très Haut.

* Chapitre (212) 2244

DE (SAVOIR) QUAND UN ENNEMI EN GUERRE DEVIENT UN DHIMMI (SUJET NON-MUSULMAN) DE L'ETAT ISLAMIQUE

• 4468. Chaibânî dit ceci: Quand un ennemi en guerre entre dans le territoire islamique sous sauf-conduit et achète un terrain assujetti à l'impôt foncier (**kharâj**), et qu'on lui impose effectivement l'impôt foncier, cet homme devient un Dhimmî.

comm. Sache que quand un ennemi venu sous sauf-conduit achète sur le territoire islamique une terre assujettie à la dîme ou à l'impôt foncier, il ne devient pas Dhimmî avant qu'il l'ait cultivée et qu'on ait perçu sur lui la dîme ou l'impôt foncier. Certains savants disent que par le simple achat il devient Dhimmî; et ils arguent du fait que quand on achète de la terre c'est pour s'installer définitivement. Donc l'achat implique que l'(acheteur) agrée de résider sur notre territoire; il devient donc Dhimmî. Mais nous disons qu'un tel homme ne devient pas Dhimmî; car un achat a pour objet parfois le commerce, et parfois l'agriculture. On ne peut donc pas dire qu'il agrée de résider dans notre territoire, tant qu'il ne cultive pas, ni prélever sur lui l'impôt foncier (**kharâj**).

• 4469. Ne vois-tu pas que s'il épouse une Dhimmîya, il ne devient pas (automatiquement) un Dhimmî, bien que le mariage soit comme (résolution de) s'installer définitivement? A plus forte raison il ne deviendra pas Dhimmî par le simple achat de la terre.

Quand on prélèvera sur lui l'impôt foncier de la terre, il deviendra Dhimmî, et on lui imposera la capitation, puis on ne le laissera pas regagner son territoire (d'origine).

Car l'impôt foncier n'incombe qu'au ressortissant du territoire islamique, étant donné que cette (imposition) est une des règles de la loi islamique, et la loi islamique n'est appliquée qu'à celui qui est ressortissant du territoire * islamique. 2245
Donc quand on impose à cet ennemi venu sous sauf-conduit un impôt sur sa terre, il devient ressortissant du territoire islamique; et quand il devient ressortissant du

territoire islamique, il devient Dhimmî. En outre, en général et dans l'immense majorité des cas, on n'impose l'impôt foncier qu'aux Dhimmîs, bien qu'on l'impose **ab initio** à des Musulmans aussi (par exemple quand le Musulman achète une terre déjà assujettie à l'impôt foncier, elle le reste).

Ne vois-tu pas que quand un Musulman transforme sa maison en ferme agricole, il lui incombe d'en payer la dîme, et quand un Dhimmî transforme sa maison en un jardin (**bustân**), il lui incombe d'en payer l'impôt foncier? Donc quand on a imposé l'impôt foncier à cet ennemi venu sous sauf-conduit, on ne lui a imposé que ce qu'on impose en général et dans l'immense majorité des cas aux Dhimmîs. Cet homme devient par là un Dhimmî. En outre, (Chaibânî) dit dans son livre que, “quand on lui impose l'impôt foncier, cet homme devient un Dhimmî”. A ce propos, certains (juristes) disent que (ce sera ainsi) quand on l'aura prévenu et qu'on lui aura expliqué: “Nous allons prélever sur toi l'impôt foncier de ta terre, si tu ne la vends pas et ne rentres pas dans ton pays”. Car on ne le déclarera pas Dhimmî sans son agrément. Si donc, après qu'on l'a prévenu, la terre ne sort pas de son titre de propriété, c'est l'indice qu'il agrée de devenir Dhimmî. D'autres (juristes) disent que le sens de la phrase (de Chaibânî): “Quand on lui impose l'impôt foncier cet homme devient un Dhimmî”, signifie: quand l'impôt deviendra obligatoire, c'est à ce moment qu'il deviendra un Dhimmî. Qu'il soit Dhimmî c'est en effet la conséquence (**litt**. ramification) de l'impôt de sa terre. Donc tant que les droits (d'impôt) ne deviendront pas obligatoire sur sa terre, la ramification, à savoir qu'il est devenu Dhimmî, n'aura pas non plus lieu.

• 4470. Si un belligérant entre sur le territoire islamique sous sauf-conduit, et y
2246 achète une terre * assujettie à l'impôt foncier, puis qu'il la vende avant que l'impôt foncier soit devenu un dû, cet homme ne devient pas Dhimmî par le simple achat de la terre.

comm. Car il devient Dhimmî, ressortissant de notre territoire, seulement quand l'impôt foncier lui devient obligatoire. Or l'impôt foncier n'est pas encore devenu obligatoire. Donc il ne devient pas non plus un Dhimmî par le simple achat.

• 4471. Si un belligérant entre sur le territoire islamique sous sauf-conduit et y acquiert en location (**isti'jâr**) une terre assujettie à l'impôt foncier, puis qu'il la cultive, alors l'impôt foncier incombe au propriétaire de la terre et non joint au cultivateur (étranger).

comm. Car l'impôt foncier correspond à une utilite (dont dispose le contribuable). Or l'utilité est acquise en vérité au propriétaire de la terre, étant donné que la contrevaleur (payéee par l'étranger) va à lui; donc l'impôt foncier lui incombe aussi.

• 4472. Donc si l'ennemi (sous sauf-conduit) la cultive et verse son loyer à celui dont il l'a obtenue contre un loyer, et qu'on prélève l'impôt foncier sur le propriétaire de la terre, alors cet ennemi ne devient pas un Dhimmî par le simple fait qu'il l'a cultivée.

comm. Car on n'a pas prélevé sur l'(ennemi) l'impôt foncier. Toutefois le chef de l'Etat ne le laissera pas séjourner sur le territoire islamique assez longtemps pour cultiver. Car s'occuper d'agriculture signifie qu'on reste et qu'on séjourne sur notre territoire. Or on empêche un belligérant de prolonger * son séjour sur la territoire 2247
islamique; et au contraire, dès qu'il n'a plus besoin d'être sur le territoire islamique, on lui donne l'ordre de rentrer dans son pays. A supposer qu'il y prolonge son séjour, mais que le chef de l'Etat musulman ne le sache pas, alors dès qu'il saura, il lui faudra prevenir cet (étranger) et l'informer que s'il séjournait pendant un an à partir de la date où on l'a prévenu, on prélèverait sur lui le **kharâj** (la capitation). Donc s'il rentre avant la fin de l'année, rien ne lui incombe; mais s'il séjourne toute l'année, le chef de l'Etat musulman prélèvera sur lui la capitation (**kharâj ar-ra's**) et le déclarera Dhimmî, puis ne le laissera pas regagner son pays (d'origine). On a déjà parlé de cela complétement (exhaustivement, cf. ch. 171, IV, 115 et suite).

• 4473. Si un belligérant qui est venu en notre territoire sous sauf-conduit acquiert en location la terre de quelqu'un, terre qui est assujettie à un impôt comportant le partage pour moitié du produit puis que le belligérant la cultive en fournissant la semence, alors selon l'avis d'Abû Hanîfa l'impôt foncier incombe au proprietaire de la terre,

comm. Et selon l'avis d'Abû Yûsuf et de Chaibânî, il incombe au cultivateur, en fonction du produit (**khârâj**). Car l'impôt à partage (**kharâj al-muqâsama**) est comme la dîme (**'uchr**). Or quiconque acquiert en location une terre assujettie à la dîme et la cultive, alors la dîme pèse sur le propriétaire de la terre, selon l'Avis d'Abû Hanîfa; et sur le cultivateur, en fonction du produit, selon l'avis d'Abû Yûsuf et de Chaibânî.

• 4474. Si le chef de l'Etat prélève l'impôt foncier de cette (terre) sur ce qu'ellea produit, et qu'il décrète que ce soit à charge à cet (étranger) —le chef basant ce décret sur son propre avis— alors tous les juristes sont unanimes pour dire que cet homme deviendra un Dhimmî.

comm. Quant à l'avis d'Abû Yûsuf et de Chaibânî, ce n'est pas difficile à comprendre, car selon eux l'impôt foncier pèse sur le locataire; ici le locataire c'est le belligérant. Ainsi une règle de * la loi islamique s'est appliquée à lui quand le 2248
chef de l'Etat musulman a prélevé sur lui l'impôt foncier, donc il devient ressortissant de notre territoire, donc il devient un Dhimmî. Quant à Abû Hanîfa, c'est également ainsi selon lui, car l'impôt foncier incombe, certes, au propriétaire de la terre, mais quand le chef de l'Etat décrète que ce soit le locataire qui en soit redevable, et qu'il prélève cet impôt sur le produit (de la récolte), alors le chef décide quelque chose qui a dépendu de son effort de raisonnement; on exécutera donc sa décision et les droits gréveront cet (étranger). Ainsi cet homme deviendra un Dhimmî, du consensus de tous.

• 4475. Si un belligérant venu sous sauf-conduit achète une terre assujettie à l'impôt foncier à partage —la moitié ou le tiers du produit (allant au gouvernement)— puis qu'il la loue à un Musulman ou à un Dhimmî pour la cultiver

en fournissant la semence, et que la terre produise des denrées alimentaires (**ta'âm**): si le chef de l'Etat perçoit la moitié du produit sur le locataire (ennemi), et que selon l'avis du chef de l'Etat ce soit le cultivateur qui doive payer sur le produit de la terre, alors l'ennemi (propriétaire de la tarre) ne deviendra pas Dhimmî.

comm. Car l'impôt foncier de sa terre ne lui est pas imposé à lui, on l'a perçu sur autre que lui.

• 4476. En effet à ce propos on considèrera sur qui pèsent les droits de l'impôt, et non à qui le titre de propriété de la terre appartient.

comm. Car celui sur qui pèsent les droits et de qui on les perçoit est une personne assujettie à la juridiction islamique; et à cause de cette juridiction ce (contribuable) devient Dhimmî; et il est égal que ce soit le propriétaire de la terre ou quelqu'un d'autre.

• 4477. Cela au point que si le locataire de la terre est un ennemi venu sous sauf-conduit, il deviendra un Dhimmî.

comm. Car la juridiction islamique s'est exercée sur lui du fait qu'il a cultivé.

• 4478. Mais si cet ennemi (acheteur de la terre) ne la loue pas, mais qu'il la
2249 prête à quelqu'un, et que * l'impôt soit à partage du produit, alors l'impôt grèvera la récolte.

comm. C'est l'avis de tous les maîtres juristes. *-*(1)

• 4479. Et le prêteur ennemi ne deviendra pas par là un Dhimmî. Car les droits de l'impôt ne sont pas perçus sur ses biens. Au contraire, si l'impôt est payable en (espèces, en) dirhams (et non en nature, dans le partage du produit), alors l'impôt grévera l'ennemi prêteur de la terre, et par ces (paiements de l'impôt) il deviendra un Dhimmî.*(2)

A supposer que cette terre soit usurpée par un usurpateur, l'impôt étant de partage du produit, et qu'elle produise beaucoup (=assez, ou: plus que le minimum imposable), il faut distinguer: si la terre n'en a pas souffert, alors l'impôt sera perçu sur le produit selon l'avis de tous les maîtres juristes;—

comm. * Car l'impôt à partage du produit est à l'instar de la dîme sur le produit. Or la dîme grève l'usurpateur (de la terre), étant donné que l'usufruit est acquis à l'(usurpateur); donc l'impôt aussi le grèvera*(3);—

---

(1) L'éd. porte ici un passage qui est non seulement déplacé mais qui est répété en grande partie plus bas. L'éditeur signale que c'est ainsi dans un des MSS à sa disposition, évidemment par faute de copiste.

(2) Tout ce long passage, en plusierus lignes (*-*), manque au texte de l'édition, mais se trouve en note d'après un des MSS, et ast conforme au MS/ de Beyrouth.

(3) Ce passage *-* est le même dont on a parlé plus haut, et se répète dans le MS, où il y a encore deux lignes qui sont le répétition du sens d'un autre passage, déjà passé, à propos du touriste étranger, propriétaire d'une terre qui la loue. Donc nous supprimons cette addition superflue.

• 4480. Au contraire, si la culture a endommagé la terre, alors,

comm. Selon l'avis de Chaibânî, l'impôt sera perçu sur le produit, et les dommages de la terre ainsi que le loyer iront au propriétaire de la terre.

• 4481. Donc, dans le cas de l'usurpation, l'impôt sera perçu sur le produit, et les dommages doivent être payés au propriétaire de la terre.

comm. Mais selon Abû Hanîfa, à ce qu'on rapporte, les dommages (de la dépréciation) de la terre sont comme le loyer de la terre, lorsque l'impôt foncier est forfaitaire (**wazîfa**, en espèces[1]), et l'impôt foncier grèvera la propriétaire de la terre et, par conséquent, si celui-ci est un ennemi venu sous sauf-conduit, il deviendra un Dhimmî, selon Abû Hanîfa. Selon Chaibânî, il ne devient pas Dhimmî.

• 4482. * Si l'impôt foncier de cette (terre appartenant au touriste ennemi) est 2250
payable en (espèces, en) dirhams, et si quelqu'un usurpe cette (terre) et la cultive, et que la culture ne l'endommage point, alors l'impôt foncier grèvera l'usurpateur.

comm. Car l'ennemi (venu sous sauf-conduit) n'a pas profité de la culture, et n'a pas agrée non plus d'être privé de l'usufruit de la terre qu'on lui a enlevée par usurpation. Donc l'impôt foncier ne le grèvera pas non plus, de même qu'il n'incombe pas à quelqu'un dont la terre est inondée au point que la culture devient impossible.

• 4483. Puis, quand on rend l'usurpateur redevable de l'impôt foncier de cette (terre), son propriétaire, l'ennemi venu sous sauf-conduit, ne devient pas un Dhimmî, même si l'on perçoit l'impôt foncier de sa terre.

comm. Car l'impôt n'est pas perçu sur lui, mais sur un autre individu (l'usurpateur), et la juridiction islamique ne s'est pas appliquée à lui; il ne devient donc pas un Dhimmî.

• 4484. A supposer que le cultivateur (usurpateur) ait un peu endommagé la (terre), il faut regarder si les dommages sont égaux à l'impôt foncier ou supérieurs, étant donné que l'ennemi venu sous sauf-conduit (le propriétaire de la terre) recevra ces dommages et payera sur eux l'impôt foncier, et il lui en restera même quelque chose;—

comm. Car le (touriste ennemi) a reçu quelque avantage du fait de la culture, et c'est comme si lui-même avait cultivé la (terre) ou l'avait louée à quelqu'un;—

suite: Et son propriétaire, l'ennemi venu sous sauf-conduit, deviendra un Dhimmî.

• 4485. A supposer que les dommages à payer (au propriétaire) soient moins élevés que l'impôt, alors la partie de l'impôt qui est égal aux dommages à payer sera

---

(1) Ainsi dans l'éd. et la traduction turque; dans un MS noté dans la marge de l'éd., ainsi que dans celui de Beyrouth: مقاسمة (impôt à partage du produit).

perçue sur l'ennemi venu sous sauf-conduit, et le reste de l'impôt grèvera l'usurpateur.

2251 **comm.** * Car en principe l'impôt grève la victime de l'usurpation à cause de l'avantage qu'il retire (de l'usurpateur sous forme de dommages) —l'indice en étant le fait que s'il n'en reçoit rien, on ne perçoit sur lui non plus aucun impôt foncier— et puisqi'il reçoit (en dommages) qu'il retire est égal à une partie de l'impôt[1], le restant grèvera l'usurpateur. Dans le chapitre **"Muzâra'a kabîra"** (du **Kitâb al-Aşl** de Chaibânî?), on cite le récit fait par Abû Yûsuf, concernant l'avis d'Abû Hanîfa, qui dit que la totalité le l'impôt foncier doit être perçue sur la victime de l'usurpation (le propriétaire de la terre), et peu importe que les dommages soient moindres (que l'impôt à payer) ou supérieurs. et dans le chapitre **"Muzâra'a şaghîra"**, il est mentionné que la réponse selon l'avis d'Abû Hanîfa est que la totalité de l'impôt foncier doit grever le propriétaire de sa terre: et en effet il reçoit sous forme de contre-valeur les avantages de sa terre, et c'est donc comme s'il avait loué sa terre contre les (avantages) qu'il retire. A supposer qu'il loue sa terre, c'est lui que grèvera l'impôt foncier, et peu importe si le loyer suffit ou non pour l'impôt foncier. Il en sera donc de même ici.

• 4486. Puis, quand la totalité de l'impôt est perçue sur l'ennemi victime de l'usurpation —ou même si ce n'est qu'une partie de l''impôt)— il deviendra un Dhimmî.

comm. Car certaines règles de la loi islamique lui ont été appliquées autant par la perception d'une partie de l'impôt que par la perception de sa totalité.

• 4487. A supposer que l'ennemi venu sous sauf-conduit cultive cette (terre) —ou même si c'est l'usurpateur, ou le locataire, on l'emprunteur, peu importe— et qu'un malheur atteigne la récolte et la détruise complètement par inondation ou autre, il n'y a pas à payer l'impôt foncier de cette année-là, et l'ennemi venu sous sauf-conduit, qui est le propriétaire de la terre, ne devient pas un Dhimmî (à la seule cause de la proprieté de cette terre).

comm. Car on ne l'a pas assujetti à l'impôt foncier, donc il n'est pas devenu ressortissant de notre territoire, donc il ne devient pas un Dhimmî.

2252 • 4488. *Si un ennemi venu sous sauf-conduit achète une des terres assujetties à l'impôt foncier, et qu'il la cultive —ou qu'elle soit restée en sa main pendant un an ou moins— si l'homme devient redevable de l'impôt, il deveint Dhimmî dès que l'impôt foncier, devenu obligatoire sur sa terre, colle à lui et est perçu.

comm. Car cet homme ne devient ressortissant de notre territoire que par l'application qui lui est faite de la juridiction du chef de l'Etat Musulman, et par l'ordre de prélever sur lui (l'impôt foncier). Tant que l'(impôt) ne sera pas perçu sur lui, il ne deviendra pas un Dhimmî.

---

(1) Ainsi: الخراج dans la traduction turque, l'éd. portant: الخارج ; le MS de Beyrouth supprime tout le commentaire de ce paragraphe.

• 4489. De plus, quand l'impôt foncier sera perçu sur lui, on percevra sur lui la capitation au bout d'un an à partir de la date où on a perçu sur lui le (premier) impôt foncier, et on ne comptera pas, pour la capitation, les mois qui se sont écoulés avant, alors que la terre était en sa main. Cela au contraire du cas où on le prévient, quand il prolonge son séjour sur le territoire islamique, et que le chef de l'Etat musulman lui dit: "Rentre dans ton pays, car si tu restes pendant un an à partir d'aujourd'hui, je prendrai sur toi la capitation (**kharâj**)". S'il restait pendant un an, il deviendrait Dhimmî, et on prélèverait sur lui la capitation à l'expiration de cette année-là (année de grâce).

comm. La raison de cette différence est que, dans la cas où on le prévient, le chef de l'Etat perçoit sur lui la capitation à cause de la condition imposée. Donc quand le (chef musulman) impose la condition que si l'(étranger) ne rentrait pas avant un an, il prendrait sur lui la capitation, on percevra (la capitation) selon la condition; et la chose stipulée sera comme si le chef de l'Etat musulman avait conclu un pacte avec cet homme pour qu'il séjourne sur notre territoire cette année-là. Le chef de l'Etat musulman a la faculté de le faire, étant donné qu'il est loisible **ab initio** de ne pas accorder l'aman à cet homme, et ne pas l'autoriser à centrer sur le territoire islamique si ce n'est contre une somme à percevoir sur cet (étranger). Voilà pourquoi il pourra parcevoir sur lui la capitation dès l'expiration de la (première) année. Quant au fait qu'il devient un Dhimmî, c'est à cause de l'impôt foncier de sa terre, et non(1) à cause d'une stipulation, et cela s'établit moyennant l'application d'une règle de la loi, au point que si l'(impôt) ne devient pas exigible sur sa terre, l'homme ne devient pas non plus un Dhimmî. Donc on perçoit sur lui la capitation
(dans ce cas de la naturalisation sur paiement de l'impôt) quand un an s'est écoulé* à 2253
partir du séjour où il est devenu Dhimmî;(2) et tant qu'une année entière ne se sera pas écoulée à partir de ce moment, on ne percevra pas sur lui la capitation.

• 4490. A supposer que le chef de l'Etat musulman lui dise: "Si tu séjournes un an à partir de ce jour-ci, je percevrai sur toi cent dirhams, puis je te déclarerai Dhimmî pour percevoir sur toi 12 dirhams chaque année", et si cet (étranger) séjourne pendant un an à partir de cet avertissement, on percevra sur lui cent dirhams.

comm. Cela pour la raison que nous avons dite, à savoir que, ce que le chef de l'Etat musulman perçoit sur lui quand il l'a prévenu, il le perçoit à cause de la condition stipulée et à cause du pacte conclu. Et c'est sur cette base que le pacte a été conclu entre eux, et le (touriste-ennemi) a agréé cette (condition), quand il est restée pendant un an après le pacte; donc il sera tenu par le statut de ce pacte, et ce qu'on prélevera sur lui, lors de l'achèvement du pacte (=l'écoulement de l'année stipulée), sera comme le loyer (taxe) de son séjour sur notre territoire pendant cette année-là.

---

(1) Le mot: (لا) ("non") manque à l'éd., mais supléé d'après le MS de Beyrouth.

(2) D'éd. porte après cela: "il perçoit sur lui la capitation", phrase repondante et que n'existe pas dans le MS de Beyrouth; nous aussi la supprimons de la traduction.

• 4491. Un cas semblable est celui d'un homme qui loue sa maison pour un mois *pour dix dirhams*(1) et qui, avant la fin du mois, dit au (locataire): "N'habite plus dans ma maison à partir du mois *prochain*(2): s'il fait attester au (locataire) que si celui-ci continuait à y habiter le mois suivant, il serait redevable d'un loyer de 20 dirhams (par mois, au lieu de 10)— et à noter que le loyer incombe selon la condition stipulée— et si le (locataire) continue d'y habiter le mois suivant, ce sera comme s'il avait agréé cette chose stipulée. Et la regle sera comme le stipule la condition.

2254 • 4492. * La question de la capitation (**kharâj ar-ra's**), quand on a prévenu l' (ennemi sous sauf-conduit) est pareille: elle incombe selon la condition posée. Si cet homme réside pendant un an, c'est qu'il agrée la chose stipulée. Donc la règle applicable sera comme le stipule la condition.

comm. Nos collègues (juristes) ont a ramifié cette règle en une autre règle, et disent: Si quelqu'un usurpe une maison appartenant à quelqu'un d'autre, puis que la victime de l'usurpation veuille menacer l'usurpateur pour qu'il lui rende la maison: il amène deux hommes de caractère intègre chez l'usurpateur, et les fait témoigner contre l'usurpateur, et dit par exemple: "Si tu me rends (la maison) ...sinon j'exigerai de toi mille dirhams par mois", faire attester ainsi (la menace) est chose correcte; et si l'usurpateur continue l'occuper après avoir été prévenu ainsi, la victime de l'usurpation a le droit d'exiger de l'usurpateur ce loyer (exerbitant) qu'il a nommé.

• 4493. Quand le chef de l'Etat musulman prévient le (touriste ennemi), s'il lui a dit: "Si tu résides pendant un an à partir de d'aujourd'hui, tu seras un Dhimmî, et je prélèverai sur toi la capitation au bout de l'année suivante", et que l'homme réside, l'affaire sera comme il en a été prévenu, et la capitation ne lui incombera qu'après l'écoulement d'une autre année après cette première année.

comm. Car la condition a ainsi été posée par le chef de l'Etat musulman. Donc la règle sera conforme à la condition annoncée et connue(3).

• 4494. Si un ennemi venu sous sauf-conduit achète chez nous une terre assujettie à l'impôt foncier, puis que quelqu'un d'autre vienne la réclamer et l'obtienne sur production de la preuve (de son titre), et qu'il paie son impôt foncier

---

(1) Le passage *-* manque à l'éd., suppléé d'après la traduction turque et d'après le contexte.

(2) Le mot: الداخل manque à l'éd., suppléé d'après le MS de Beyrouth.

(3) Le texte de ce dernier passage est obscur: فيكون الحكم شرط و لتقدم المعروف هنا passage qui manque au MS de Beyrouth. Notre traduction est donc hypothétique. D'après une note marginale de l'éd., confirmée par le MS de Beyrouth, certains MSS portent ensuite ceci: "Si un ennemi se trouvant sur le territoire ennemi lègue quelque chose par testament à un Musulman, et meurt ensuite, et si les habitants de la région s'islamisent avant le partage des biens de ce défunt en héritage, ce cas est mentionné dans le chapitre (191): 'De ce en quoi les ennemis en guerre et les Dhimmîs diffèrent, à propos des témoignages et des legs'. Mais cela ne provient pas de la dictée de Sarakhsî; cette note a été copiée sur l'exemplaire personnel du Qâdi'l-qudât Mahmûd ibn 'Abd al-'Azîz al-Marjînânî". (ch ch 191 supra IV, 234), et note).

pendant un an ou deux; et si par la suite le juge du tribunal trouve que les témoins cités étaient des esclaves (donc le témoignage n'était pas admissible) et s'il rend la terre à cet ennemi venu sous sauf-conduit, celui-ci ne deviendra pas un Dhimmî (du moins pendant le temps que la terre est restée en la main de cet autre homme).

comm. * Car il ne devient Dhimmî que quand l'impôt foncier devient exigible 2255
de lui, et non pas par le simple achat de la terre assujettie à l'impôt foncier. Or dans le cas présent, il a été empâché de profiter de cette terre; donc l'impôt n'a pas collé à lui, étant donné que l'impôt foncier devient obligatoire quand on a la possibilité de profiter (de la terre).

• 4495. De même si quelque autorité (**sultân**) l'usurpe au toriste ennemi venu sous sauf-conduit et que celui-ci ne puisse pas résister —ou même si l'usurpateur est de quelqu'un contre qui l'ennemi venu sous sauf-conduit avait la possibilité d'établir son droit sur production de preuve, mais ne l'a pas fait— si l'usurpateur cultive cette (terre), l'ennemi venu sous sauf-conduit ne sera (ne deviendra) pas, dans ce cas non plus, un Dhimmî.

comm. Car l'impôt foncier grève l'usurpateur quand il cultive la (terre) parce que c'est lui qui profite de la terre et, par conséquent l'ennemi venu sous sauf-conduit n'est redevable de rien quand à l'impôt foncier de cette (terre).

• 4496. A supposer que cet usurpateur ne l'ait pas cultivée, alors l'ennemi venu sous sauf-conduit deviendra un Dhimmî.

comm. Car l'impôt de cette (terre) colle à lui, étant donné qu'il avait la possibilité de la reprendre et d'en profiter. Donc quand l'impôt de cette (terre) s'impose à lui, l'homme devient Dhimmî. Ce cas ressemble à cet autre où l'eau a inondé la (terre), alors que l'ennemi venu sous sauf-conduit (son propriétaire) aurait été capable de se servir d'un astuce en érigeant une digue (**musannât**), mais ne l' pas fait avant que l'année se soit écoulée: un tel aura l'obligation de payer l'impôt foncier et deviendra Dhimmî, pour le point juridique que nous avons dit.

• 4497. Mais tout cela sera ainsi quand la terre n'aura pas été endommagée par la culture effectuée par l'usurpateur. Au contraire, si la culture l'a endommagée, l'ennemi venu sous sauf-conduit deviendra un Dhimmî.

comm. Car l'obligation de payer des dommages à l'ennemi venu sous sauf-conduit colle à l'usurpateur, et le statut de l'impôt foncier est tel que si les dommages à payer dépassent l'impôt foncier, alors l'impôt grève l'ennemi venu sous sauf-conduit (qui reçoit ces dommages); au contraire, si les dommages sont moins élevés, alors l'usurpateur est redevable de l'impôt foncier —moins * les dommages 2256
(qu'il a versés à la victime de son usurpation)— en sorte que le propriétaire de la terre (ici, l'ennemi venu sous sauf-conduit) payera l'impôt foncier dans la limite des dommages qu'il recevra, et la reste grèvera l'usurpateur. Or dans les deux cas (quand l'impôt dépance les dommages reçus ou non), une partie (au moins) de l'impôt grève l'ennemi venu sous sauf-conduit, et par là il devient Dhimmî.

• 4498. Si quelqu'un inonde[1] d'eau ces terres, au point que l'ennemi (propriétaire de la terre) n'est plus en mesure de les cultiver, et que l'eau endommage la terre, cet ennemi a le droit de demander à celui qui les a inondées[2] les dommages du tort qui est survenu par son acte; et dans ce cas cet ennemi ne deviendra pas Dhimmî.

comm. Car dans ce cas il n'y a pas d'impôt foncier à payer sur ces terres, et pour personne, vu que personne n'était en mesure de cultiver.

• 4499. Sur la même base, si l'usurpateur, lui non plus, ne cultive pas la terre, puis qu'il la rende (au propriétaire ennemi) après l'écoulement de l'année, dans ce cas non plus l'ennemi ne deviendra pas Dhimmî (du moins par suite de cette terre).

comm. Car l'impôt de cette (terre) ne l'a pas grevé.

• 4500. A supposer que l'usurpateur soit aussi un ennemi venu sous sauf-conduit —comme l'est le propriétaire— et qu'il cultive la (terre) en sorte que la culture l'endommage, alors l'usurpateur sera redevable de dédommager du tort causé à la terre. En outre, si l'impôt foncier est égal ou infériaur aux dommages (que le propriétaire recevra), le propriétaire de la terre deviendra Dhimmî, et non le cultivateur (ici, l'ennemi usurpateur).

comm. Car dans ce cas c'est le propriétaire de la terre qui sera ici redevable de l'impôt foncier.

2257 • 4501. * Au contraire si les dommages à recevoir sont moins élevés que l'impôt, alors les deux hommes deviendront Dhimmîs.

comm. Car le propriétaire de la terre est redevable de l'impôt dans la limite des dommages qu'il reçoit, et le reste grèvera le cultivateur. Donc sur chacun des deux pèse une partie de l'impôt foncier.

• 4502. Mais à supposer que la culture n'ait pas endommagé cette terre, alors l'usurpateur deviendra Dhimmî, et non le propriétaire de la terre.

comm. Car dans ce cas la totalité de l'impôt foncier grève l'usurpateur.

• 4503. Si l'usurpateur délaisse la (terre) et ne la cultive pas, et si le propriétaire de la terre est capable de la reprendre sur production de preuve mais qu'il ne le fasse pas, le (propriétaire négligent) sera redevable de l'impôt foncier et il deviendra Dhimmî. Certes s'il n'était pas capable de la (reprendre), l'impôt ne grèverait aucun des deux (ni l'usurpateur, ni la victime de l'usurpation), qui tous deux sont ennemis venus sous sauf-conduit.

Et tous deux resteront, selon l'avis d'Abû Hanîfa, **sur leur statu quo ante**, comme ennemi en guerre (jouissant du sauf-conduit).

---

(1) Ainsi: بثق dans le **Taisir** de 'Aintâbî, l'éd. portant: سقى

(2) De même dans le commentaire **Taisir** de 'Aintâbî: بثق , l'éd. portant: سقى

Si un ennemi venu sous sauf-conduit achète une terre assujettie à la dîme, elle devient (automatiquement) terre à impôt foncier (et ne reste plus terre à dîme).

comm. Cela selon l'avis d'Abû Hanîfa. Selon Abû Yûsuf, on prélèvera sur cet homme le double de la dîme (20% des produits). Et selon Chaibânî cette terre restera telle quelle, et assujettie à la dîme.

• 4504. Si l'(acheteur ennemi) la cultive —ou est en mesure de la cultive— il deviendra Dhimmî, selon l'avis d'Abû Hanîfa.

comm. * Car dans les deux cas, l'impôt foncier le grève. Mais selon l'avis de 2258
Chaibânî, il deviendra Dhimmî seulement dans le cas où il la cultive, étant donné que la dîme est la taxe (**mu'na**) de la terre productrice, comme l'est l'impôt foncier, mais la (dîme) n'incombe que quand le produit est **de facto** récolté; et tant que cet homme ne sera pas grevé de l'impôt qui grève la terre en territoire islamique, il ne deviendra pas Dhimmî.

• 4505. A supposer que cet ennemi vende cette terre (à dîme devenue terre à impôt foncier par cause de son achat), elle ne se dévâtira pas de sa qualité de terre à impôt foncier.

comm. C'est ce que (Chaibânî) dit ici, mais dans un autre récit fait ailleurs, il dit: L'acheteur (musulman) doit payer la dîme et non pas l'impôt foncier. Le point (l'argument) en faveur de cedernier avis est que, c'est le titre de propriété appartenant à un non-Musulman qui rend la terre assujettie à l'impôt foncier. Quand le (non-Musulman) l'a achetée, il ne est devenu propriétaire et, par conséquent, la terre est devenue terre à impôt foncier, et il la vend alors qu'elle est une terre à impôt foncier, elle reste assujetie à l'impôt foncier. L'argument en faveur de l'autre avis, (mentionné dans le texte de Chaibânî cité ici), c'est qu'il la vend avant que l'impôt foncier la frappe, et on n'a jamais rien prélevé sur cette terre si ce n'est la dîme. Voilà pourquoi elle reste assujettie à la dîme comme auparavant.

• 4506. Et l'on ne prendra pas en considération le titre de propriété appartenant à un non-Musulman, et qui lui est survenu; et l'ennemi (venu sous sauf-conduit) ne deviendra pas un Dhimmî.

comm. Car du propriétaire de la terre, même si elle se transforme en terre à impôt foncier, on n'a pas perçu l'impôt foncier, donc les règles de la loi islamique ne se sont pas appliquées sur cet homme, donc il n'est pas devenu un Dhimmî, mais il est resté comme un ennemi se trouvant sur le territoire ennemi, et qui déléguerait un Musulman pour acheter pour lui une terre à dîme sur le territoire islamique: s'il l'achète, elle devient terre à impôt foncier, selon l'avis d'Abû Hanîfa, et son propriétaire, qui est sur le territoire ennemi, ne devient pas un Dhimmî, même si cette terre (à lui) devient terre à impôt foncier, vu que les règles de la loi islamique ne se sont pas appliquées sur cet homme. Il en sera de même ici.

• 4507. Si un ennemi venu sous sauf-conduit achète une terre assujettie à la 2259
dîme, et qu'il la loue,* alors, selon Abû Hanîfa, la terre devient une terre à impôt foncier; et comme l'impôt foncier incombe au propriétaire de la terre, cet (ennemi)

deviendra par là un Dhimmî. Mais selon l'avis de Chaibânî, la dîme sur le produit de la récolte s'impose au locataire, donc le propriétaire (locateur) ne devient pas Dhimmî. Certes si le locataire est un ennemi, il devient, selon le même (Chaibânî), un Dhimmî.

comm. Car la dîme de cette (terre) colle à lui. Ensuite, Chaibânî fait une différence entre la dîme qui incombe à un ennemi venu sous sauf-conduit, concernant le produit de sa terre, et la dîme que le douanier perçoit sur l'ennemi lui-même (concernant les marchandises) et il dit: Par la dîme perçue (sur les marchandises), il ne devient pas un Dhimmî; mais si la dîme est perçue sur sa terre, il devient Dhimmî.

La raison de cette différence est que le douanier perçoit la dîme sur l'ennemi qui vient sous sauf-conduit, concernant ce qu'il transporte; et il perçoit la demi-dîme sur le Dhimmî, et la quart de dîme sur le Musulman (dans les mêmes circonstances). Donc quand on ne fait pas sur l'(ennemi) le même prélèvement que sur le Musulman, il ne devient pas ressortissant du territoire islamique.

suite: Ne vais-tu pas qu'on prélèverait sur lui plusieurs fois par jour s'il entrait, chez lui et revenait sur le territoire islamique? Donc s'il ne ressemble pas (par les règles qui lui sont applicables) à un ressortissant du territoire islamique, il ne devient pas un Dhimmî. Mais ici, (dans le cas de l'agriculture), on perçoit (de lui) la dîme sur la récolte des denrées alimentaires comme sur la récolte d'un Musulman, et de plus on ne perçoit de lui cette (dîme agricole) qu'une saule fois par un, comme on le fait pour un Musulman (**litt**. comme on ne perçoit sur le Musulman qu'une seule fois). Donc par la perception de cette dîme (agricole) il devient comme les ressortissants de notre territoire, donc il devient un Dhimmî.

comm. Ce qui explique cela c'est que cette autre dîme (celle de la douane) est prélevée sur l'ennemi par voie de réciprocité (**mujâzât**). Pour cette raison, si les (ennemis) ne perçoivent rien sur nos commerçants, nous ne percevons rien non plus sur leurs commerçants, tandis que cette dîme-ci (sur l'agriculture) est perçue par vois de taxe sur la terre productive en territoire islamique; donc elle est comme l'impôt foncier.

2260 • 4508. * A supposer que l'(ennemi acheteur de la terre assujettie à la dîme) la prête à un autre ennemi (venu sous sauf-conduit) comme lui, il y aura la dîme sur le produit agricole, et l'ennemi emprunteur deviendra par là un Dhimmî.

comm. Selon l'avis de tous les maîtres juristes, car les droits de l'impôt sont perçus sur sa récolte de denrées alimentaires.

• 4509. Si un ennemi venu sous sauf-conduit acquiert en location une terre à dîme appartenant à un Musulman, et qu'il la cultive, alors selon l'avis d'Abû Hanîfa la dîme de la récolte grève le Musulman (propirétaire), et le locataire ne devient pas un Dhimmî.

comm. Car la dîme n'incombe pas à sa récolte. Mais selon l'avis de Chaibânî: La dîme incombe directement au produit de la récolte, donc le locataire devient un

Dhimmî. Car les droits grévent sa récolte. Dans le cas de prêt (de la terre), la (dîme) incombe, selon l'avis de tous, à la récolte; donc l'emprunteur devient un Dhimmî.

suite: Cette règle est applicable, lors de l'impôt foncier à partage de la réolte, dans tous les cas que nous avons mentionnés.

comm. Car un tel impôt incombe, comme la dîme du produit, à une partie de la récolte. Et Dieu sait mieux.

* Chapitre (213) 2261

DE CE PAR QUOI UN HOMME DEVIENT MUSULMAN, EN SORTE QUE LA TUERIE ET LA RÉDUCTION EN ESCLAVAGE SOIENT ÉCARTÉES DE LUI

• 4510. Nous avons déjà mentionné (ch. 31) que si un mécréant démontre le contraire de ce qu'il croyait auparavant, on statue qu'il est devenu Musulman. On se fonde ici sur cette parole du Prophète (cf • 9, 153): "Il m'a été commandé de combattre les gens jusqu'à ce qu'ils disent: 'Il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même'". En effet, le (Prophète) combattait les adorateurs des idoles, car ceux-ci ne parlaient pas ainsi (=ne croyaient pas en l'unicité de Dieu), * comme le précise cette parole de Dieu (Q. 37/35): "**Quand on leur disait: 'Point de Dieu que Dieu Lui-même', il se gonflaient**". Ainsi le (Prophète) a désigné cette (formule de l'unicité de Dieu) comme signe de leur conversion. En outre quand il invite les Juifs de Médine à l'Islam, il déclara comme signe de leur conversion la reconnaissance de sa qualité d'Envoyé de Dieu. En effet un jour qu'il visitait un Juif (malade) pour demander des nouvelles de sa santé, il lui demanda: "Atteste que je suis l'envoyé de Dieu", et quand l'autre l'eut attesté et qu'ensuite il mourut, le Prophète s'exclama: **"Louange à Dieu qui a libéré de l'Enfer à cause de moi une âme".**

comm. (Il dit cela) parce que les (Juifs, bien que monothéistes), ne reconnaissaient pas sa qualité d'envoyé de Dieu; et il déclara donc que c'était un signe (critère) de leur conversion (d'attester cette qualité en sus de leur monothéisme).

• 4511. Ayant appris cela, nous disons: Si un Musulman attaque un mécréant pour le tuer et s'il le réduit à merci, et qu'alors l'autre dise: "J'atteste qu'il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même", et si ce mécréant appartient à une peuplade qui ne déclare pas cela, alors il incombe à ce Musulman de le laisser (**litt**. de s'arrêter de lui).

comm. *Car il a entendu de lui une chose qui indique sa croyance (en l'Islam). 2262

• 4512. **Si ce (soldat) musulman le saisit et l'amène auprès du chef de l'Etat musulman, le (prisonnier) sera homme libre et Musulman, pourvu qu'il ait prononcé la formule du monothéisme (tauhîd) avant que le (soldat) Musulman le domine; mais s'il la dit après avoir été dominé, il fera partie du butin.**

comm. Car sa conversion à l'Islam après qu'on l'a dominé le protège contre la mise à mort, mais non contre la réduction en esclavage (si toutefois le chef de l'Etat décide ainsi pour les prisonniers de guerre).

suite: S'il dit par la suite: "Par ce que j'ai dit, je n'ai pas voulu l'Islam, j'ai voulu seulement l'entrée dans la judaisme", ou: "J'ai voulu chercher la protection, pour qu'on ne me tue pas", on ne prendra pas en considération sa parole.

comm. Car selon toute apparence, cet (ennemi) a voulu donner une réponse favorable à ce que (les Musulmans) voulaient de lui. Or le (soldat) musulman voulait de lui son entrée dans l'Islam, et non pas dans le Judaisme; et sa parole: "il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même" indique sa conversion à l'Islam. Même s'il ne reconnaît pas (par cette formule) l'Islam en sa totalité, la loi de l'Islam colle à lui. De même que si quelqu'un célèbre l'office de prière[1] en commun avec d'autres Musulmans, cela indique son islamisation, même si ce n'est pas une islamisation sincère. Donc si cet homme refuse l'Islam par la suite, il sera considéré comme apostat, et sera puni de mort.

• 4513. Et Chaibânî continue, dans son livre: Et quiconque nie quelque chose des lois de l'Islam, il rend nulle la parole (l'attestation qu') "il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même".

comm. Celaveut dire qu'il a apostasié. Donc on le punira de mort s'il n'embrasse pas l'Islam (de nouveau). Par cette précision (de Chaibânî) apparaît l'erreur d'un auteur tardif de notre école (hanafite) qui dit que: "Quiconque nie quelque chose des lois islamiques est mécréant (**kâfir**) en ce qu'il nie, mais Musulman dans le reste", et dans un de ses livres cet auteur se fonde sur cela en parlant de la situation juridique de ceux qui refusaient de payer les impôts (**zakât**) lors du califat d'Abû Bakr. Mais cette opinion va à l'encontre du récit de l'avis authentique (en provenance d'un maître comme Chaibânî), et penche vers les gens
2263 aberrants (=les Mu'tazilites), car ceux-ci disent que * celui qui commet un grand péché s'exclut de la foi (islamique) mais n'entre pas pour autant dans la mécréance, et reste dans une situation entre deux situations extrêmes. Le sus-dit auteur est proche de ceci.

• 4514. A supposer que lorsque cet (ennemi) dit: "Il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même", le (soldat musulman) le laisse (**litt**. s'arrête de lui), puis que l'(ennemi) se sauve pour rejoindre les (rangs des) mécréants, puis qu'il revienne pour combattre, s'il attaque le (même soldat musulman) et que, quand ce dernier le réduit à merci, il dise: "Il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même", alors il faut distinguer: Si cet (ennemi) a toujours un groupe chez qui il puisse se réfugier, alors pas de grief à faire au (Musulman) s'il le tue.

comm. Car maintenant cet (ennemi) est comme un Musulman rebelle qui

(1) Ainsi: صلى dans le MS de Beyrouth, l'éd. portant: وصل

combattrait en compagnie d'un groupe de gens contre les Musulmans (loyalistes). Or un tel homme peut être mis à mort, même s'il est Musulman.

• 4515. Au contraire, s'il n'y a pas de groupe (une poche ennemie), tous ayant été mis en déroute, alors il ne faut pas tuer cet homme. De même, si le (Musulman) a déroute, alors il ne faut pas tuer cet homme. De même, si le (Musulman) a capturé cet (ennemi), et qu'il y ait un groupe (ennemi) comme auparavant, alors pas de grief à lui faire s'il le tue; mais si le groupe est mis en déroute, le (Musulman) ne doit pas tuer l'homme, mais lui administrer une correction pour ce qu'il a fait.

comm. Chaibânî tire argument du récit suivant:

Un certain Musulman attaqua un mécréant (ennemi), et ce dernier prononça: "il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même", alors le (Musulman) le relâcha. Puis l' (ennemi) revint combattre les Musulmans, et quand ce (même soldat musulman) se tourna vers lui, l'autre prononça: "Il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même", et la chose arriva plusuieurs fois[1]. La dernière fois, le (Musulman) tua cet (ennemi). Alors de Prophète demanda à ce (Musulman): **"Comment as-tu pu faire cela malgré sa (déclaration de la formule de la Foi): 'il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même'?"**

suite du comm. (Chaibânî) n'a pas cité le nom de ce (soldat musulman), mais il est précisé dans **al-Maghâzî**[2] qu'il s'agit d'Usâma ibn Zaid, et que le Prophète lui dit: **"As-tu tué quelqu'un qui avait déclaré: 'il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même'?"** Et lui de répondre: "Mais il l'avait dit pour se sauver". Alors le Prophète: "Pourquoi n'as-tu pas disséqué son coeur?" Lui: "Même si j'avais disséqué son coeur, je n'aurais pas pu le voir * se manifester[3], ô Envoyé de Dieu[4]. Le 2264
(Prophète) remarqua alors: "C'est sa langue seule qui exprime ce qui est en son coeur". Si nous déduisons cette règle de la parole du Prophète, c'est que, la dernière fois, cet (ennemi tué) n'aurait pas pu se réfugier dans un groupe, et c'est pour cette raison que le Prophète réprimanda Usâma.

• 4516. Dans le même cas, quand le (Musulman) relâche l'(ennemi), puis que celui-ci regagne le rang des mécréants et qu'il dise: "Je désavoue votre religion, et je reste sur mon ancienne religion", si cet (ennemi) attaque la Musulman une deuxième fois, puis qu'il déclare: "il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même", ce cas et le précédent sont égaux.

comm. Car cet (ennemi) est dans la situation d'un apostat, à cause de ce qu'il a fit. Or un apostat est comme un ennemi en guerre. Donc quand il déclare: "il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même", il faut le laisser (**litt.** s'arrêter de lui), sauf que, si cet

(1) Ce détail de la répétition n'est mentionné nulle part, cf Ibn Hichâm, p. 984: dès la première fois, on l'avait tué.

(2) Par al-Wâqidî, (cf MS de Londres, fol. 164 b-165 a).

(3) Cette phrase a une variante dans certains MSS: "même si j'avais disséqué, qu'aurais-je vu?"

(4) Cette pharase et la suivante manques dans le **Maghâzî** d'al-Wâqidî aussi bien que dans le Ŝira d'Ibn Hichâm. Il semble bien qu'ici la mémoire ait fait défaut à Sarakhsî.

homme a encore un groupe où se réfugier, il sera comme un rebelle, et il n'y aura pas à faire grief de le tuer pour cette raison.

suite: Il en sera de même si cet (ennemi) a tué certains des Musulmans, après sa première islamisation mais avant sa deuxième islamisation.

comm. Car quand il apostasie, et qu'il est dans les rangs des mécréants, il est un ennemi en guerre. Or un ennemi en guerre ne mérite pas le talion pour avoir tué un Musulman (l'ayant fait en vertu du droit de belligérance).

• 4517. A supposer que cet ennemi appartienne à une communauté qui dit: "il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même", et que le reste des circonstances soit le même, alors pas de grief à faire au (soldat musulman) s'il le tue, même quand l'autre déclare cette formule-là

comm. Car cette déclaration n'est pas l'indice de sa conversion à l'Islam. Certes s'il dit: "J'atteste qu'il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même, et j'atteste que Muhammad est Son esclave et Son envoyé", et si cet homme fait partie d'une communauté qui ne dit pas cela, alors c'est l'indice de son islamisation, et il incombera au (Musulman) de le laisser. Dans cette ramification, le cas ressemble au premier que nous venons de mentionner.

2265 • 4518. * Il en sera de même si l'(ennemi) dit, au moment où on l'a réduit à merci: "Muhammad est l'envoyé de Dieu", ou s'il dit alors: "Certes j'entre dans la religion islamique", ou s'il dit: "Certes j'entre dans la religion de Muhammad", toutes ces formules indiquent sa conversion à l'Islam, au point que s'il meurt après avair prononcé cette formule, on célébrera pour lui l'office funéraire islamique, et l'on priera Dieu pour qu'ıl lui pardonne (cf. IV, 325-7 supra).

comm. C'est ainsi parce que ce qu'il a manifesté est plus qu'un simple trait (des Musulmans). Or nous avons déjà mentionné (IV, 335-6) que même sur un simple trait des Musulmans on statue que l'homme est Musulman au point qu'on célèbre pour lui l'office funéraire islamique. Il faut que ce soit ainsi ici à plus forte raison (dans le cas d'une déclaration explicite de l'Islam).

• 4519. (Chaibânî) poursuit:Quant aux Juifs et aux Chrétiens d'aujourd'hui au sein des Musulmans, si quelqu'un d'eux dit: J'atteste qu'il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même, et j'atteste que Muhammad est l'envoyõ de Dieu", un tel homme ne devient pas Musulman pour cela (cf • 440 supra).

comm. Car ils disent tous cela: il n'y a pas un seul Chrétien ou Juif qui ne dise cela quand nous le questionnons; mais quand nous demandons l'explication, ils disent: "(Muhammad) a été envoyé de Dieu vers vous et non vers les Israélites", et ils tirent argument de cette parole de Dieu (Q. 62/2): **"C'est Lui qui a suscité chez** (1) **les Gentils un messager des leurs..."** Ici le mot "Gentils" (**ummîyîn**) signifie les

(1) "**Susciter chez**" (**ba'at fi**) n'implique point une limitation de la mission, mais signifie seulement la provenance, la naissance. Il faut le distinguer de: **ba'thalà** (envoyer vers..)

non-Scripturaires (ceux qui n'ont pas de livres révélés). Nous apprenons ainsi que cette déclaration n'est pas l'indice de sa conversion à l'Islam, à moins qu'il y ajoute l'abjuration. Donc si un Chrétien dit: "... et donc j'abjure le christianisme", et de même si un Juif dit: "... et j'abjure le judaïsme", alors seulement il sera Musulman, en vue de l'expression de ce qui est contraire à sa croyance (originelle).

• 4520. Si un Chrétien dit: "J'atteste qu'il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même, et j'abjure le Christianisme", il n'est pas un Musulman pour cela.

comm. * Car sa parole est ambiguë: il se peut qu'il entre ainsi dans le 2266
judaïsme, étant donné que les Juifs disent ce que ce (Chrétien) a dit: En effet les Juifs disent qu'il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même, et il désavouent le Christainisme, comme Dieu (nous) en a informés par cette parole (Q. 2/113): "**Et les Juifs disent: 'Les Juifs ne tiennnent sur rien'...**" Certes s'il disait en plus de cette parole-là: "...et j'entre dans l'Islam"; alors l'ambiguïté serait coupée, et ce serait l'indice de sa conversion à l'Islam.

suite: Et s'il dit (seulement): "Je suis un Muslim"(1) il ne sera pas considéré comme Musulman pour avoir employé cette formule.

comm. Car chaque communauté se prétend "Muslim", ce qui (en arabe) veut dire littéralement: se soumettre à la vérité, et que la vérité est celle qu'il pratique. Sarakhsî ajoute: Notre cheikh, le maître dirigeant, le soleil des maîtres dirigeants, 'Abd al-"Azîz al-Halwanî —que Dieu lui fasse miséricorde— disait: "Sauf les Mages de notre pays (Bukhârâ etc.), car si quelqu'un d'entre eux dit: "Je suis Muslim", c'est un Muslim (=un Musulman), car les (Mages) répugnent à cet attribut pour eux, et s'ils veulent injurier leurs enfants, ils les appellent par ce mot: "ô toi Muslim".

• 4521. (Chaibânî) dit encore: S'il s'agit d'un idolâtre d'entre ceux qui ne(2) disent pas: "il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même", et que quand on le réduit à merci il dise: "J'atteste que Muhammad est l'Envoyé de Dieu", il sera considéré comme Musulman, comme s'il avait dit: "J'atteste qu'il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même".

comm. Car (d'origine) il nie les deux formules; donc quelle que soit celle qu'il atteste, elle est l'indice de sa conversion à l'Islam.

Il en sera de même s'il dit: "Je suis un Muslim (=Musulman).

comm. Car les idolâtres ne s'attribuent pas cela à eux-mêmes, au contraire ils le désavouent, afin de se différencier des Musulmans —(**autre version**: afin d'enrager les Musulmans)— et on l'a vu chez les Mecquois du temps du Prophète. Voilà pourquoi cette formule aussi est un indice de sa conversion à l'Islam.

---

(1) Dans sa proclamation en Egypte, Napoléon aussi se disait en arabe "Mulim", mais dans la version française, il traduisait par "soumis à Dieu". (Cf Christian Cheffils, **Napoléon et l'Islam**, 1914, p. 72 etc.)

(2) Le mot: (لا) ("ne") manque à l'éd., suppléé d'après le MS de Beyrouth.

2267 • 4522. * Il en sera de même s'il dit: Je suis sur la religion de Muhammad, ou: sur la Hanîfisme[1], ou: sur l'Islam. Car toutes ces formules doivent inévitablement être admis, de sa part, comme indice (de l'Islam), vu qu'il est impossible de savoir ce qui est véritablement dans son coeur. Et Dieu sait mieux.

2268 *** Chapitre (214)**

DE L'ISLAMISATION D'UN GARÇON ET D'UNE FILLE MINEURS CAPTURÉS

• 4523. Ainsi parle (Chaibânî): Nous avons déjà mentionné (supra IV, 197 etc.) qu'un garçon (un mineur) suit le meilleur de ses père et mère quant à la religion. Donc si on le capture, et qu'il y ait en sa compagnie un seul-même de ses deux parents (non-musulmans), on ne statuera pas que ce (mineur,) est Musulman, tant que lui-même n'aura pas professée l'Islam, ou que celui de ses deux parents qui est avec lui n'aura pas embrassé l'Islam. De même, si le (mineur) est capturé sans qu'il y ait avec lui aucun de ses père et mère (non-musulmans), on ne statuera pas qu'il est Musulman tant qu'on ne l'aura pas transféré tout seul (séparé de ses parents) sur le territoire islamique: alors il sera considéré comme Musulman, faisant suite au territoire; ou parce que le chef de l'Etat musulman l'aura partagé en butin, ou vendu sur le territoire islamique, auquels cas aussi il sera considéré comme Musulman. S'il tombe dans la quote-part d'un (soldat) musulman, ou s'il a été acheté par un Musulman, alors pas de difficulté (pour que la loi soit ainsi).

comm. Car pour faire suite, l'influence du propriétaire est supérieure à celle du territoire.

sute: Mais s'il a été acheté par un Dhimmî, ou qu'on le lui ait donné à titre de rémunération (**radkh**) prise sur le butin, la réponse sera la même, et l'on statuera que ce (mineur ennemi) est Musulman, au point que s'il meurt, on célébrera l'office funéraire islamique pour lui, et au point qu'on obligera le Dhimmî à en disposer en la vendant (à un Musulman).

comm. Car on a mis en sécurité ce (mineur) par la force des Musulmans, et le Dhimmî a pou en obtenir titre de propriété dans ce cas parce que les Musulmans avaient mis en sécurité cet objet (ici, le jeune esclave), donc la mise en sécirulé s'est

---

(1) Le terme "**hanîf**"—qui signifie littéralement "celui qui se retire des autres (c.-à-d. des païens)—est le titre que le Qur'ân donne à maintes reprises à Abraham. Dans d'autres passages, le même Qur'ân exige de ses auditeurs d'être Hanîfs et sincères en la soumission à Dieu", ou "hanîf et non polythéistes" etc. Dans un célèbre passage (22/78), le Qur'ân affirme: **"...religion de votre père Abraham, lequel vous a nommés Muslims (=soumis) autrefois..."** De ce chef, Islam et Hanifisme deviennent synonymes dans la littérature islamique. Pour une discussion du sens du mot **hanîf**, dans la philologie comparée des langues sémitiques, voir ma traduction du Qur'ân (**Le Coran**, Paris 1959 etc.) la note sur le verset 2/135; de même mon ouvrage **le Prophète de l'Islâm**, I, 71 note.

achevée par le partage ou la vente, comme la mise en sécurité s'est achevée au moyen du transfert en territoire islamique.

• 4524. * A supposer que ce (mineur) ait été capturé en compagnie de ses deux parents, puis que ceux-ci meurent, et qu'ensuite on le transfère en territoire islamique alors qu'aucun de ses deux parents n'est avec lui, on le considérera comme Musulman. 2269

comm. Car une fois que ses parents sont morts sur le territoire ennemi, cet (enfant) ne reste plus leur dépendant, et c'est comme si les deux (parents) étaient restés sur le territoire ennemi, et que lui seul eût été transféré en territoire islamique.

Au contraire, si on le transfère en territoire islamique —ou qu'on le partage ou le vende— et qu'alors ses parents qui l'accompagnaient meurent, dans ce cas on ne statuera pas que le (mineur) est Musulmant tant qu'il n'aura pas lui-même professé l'Islam (lors de sa puberté).

Car le moment de statuer en faveur de son islamisation est le moment où on le met en sécurité et, à ce moment, même si un seul de ses deux père et mêre se trouve en sa compagnie, cela empêche qu'on statue en faveur de l'islamisation de ce (mineur). Ce statut (de non-Musulman) une fois établi ne change pas si ce parent meurt. Cela à l'instar de l'enfant d'un couple dhimmî: si les deux parents meurent et s'il reste tout seul, en état de minorité, sur le territoire islamique, on ne statue point qu'il est Musulman.

• 4525. (Chaibânî) dit encore: Si un Dhimmî entre sur le territoire ennemi en aventurier, pour en amener un mineur sur le territoire islamique, cet (enfant) sera considéré comme Musulman, et on obligera ce Dhimmî à le vendre (à un Musulman). Car il a obtenu le titre de propriété sur lui par sa mise en sùcurité au moyen du territoire islamique. Donc on statuera que cet (enfant) est un Musulman, à l'instar d'un objet promis en prime (**munaffal**): si le commandant dit sur le territoire ennemi: "Quiconque capture une tête (=un prisonnier), elle sera à lui"[1], puis qu'un (soldat) dhimmî capture un enfant mineur non accompagné d'aucun de ses deux parents, cet (enfant) sera considéré comme Musulman.

comm. Car ce (Dhimmî) a obtenu le titre de propriété sur lui eu égard à la puissance résistante des Musulmans, et c'est par elle que cet (esclave) a pu être mis en sécurité.

suite: Au contraire, si un Dhimmî, entre sous sauf-conduit sur le territoire ennemi et achète un de leurs esclaves mineurs, celui-ci ne deviendra pas Musulman, même si le Dhimmî en obtient possession;—

comm. Car ici il obtient le titre de propirété sur lui moyennant l'argent (du prix) et non moyennant la puissance résistante des Musulmans.;—

(1) c.-à.d. comme esclave en torute propriété.

• 4526. Et même s'il le faisait venir sur le territoire islamique, le (jeune esclave) ne deviendra pas un Musulman.

2270 **comm.** * Car on ne l'a mis en sécurité ni par la puissance résistante des Musulmans, ni par leur juridiction. Ce sera le contraire si l'acheteur est un Musulman, et qu'il soit allé chez les (ennemis) sous sauf-conduit —ou s'il est un prisonnier de guerre chez eux, ou s'il est un des (ennemis) qui embrasse l'Islam puis qu'il fasse venir le (jeune esclave) tout seul (sans ses parents), alors l'esclave) sera Musulman à cause de l'Islam de son (maître).

L'effet de l'obligation qu'il y a à ce que (l'esclave mineur) fasse suite au propriétaire se manifeste ici (dans les circonstances décrites): si le propriétaire est un Musulman, son esclave (mineur) sera aussi Musulman, comme lui, et lui fera suite; et si le propriétaire est Dhimmî, l'esclave (mineur) sera aussi comme lui, lui faisant suite.

• 4527. A supposer qu'avec ce (mineur) viennent aussi ses père et mère —ou si l'un des deux est l'esclave de son maître (le maître du mineur), ou même si ce (parent) est homme libre et Dhimmî— alors le jeune garçon restera sur la religion de son père.

comm. Car il ne se rend sur notre territoire qu'en compagnie de son père qui est ressortissant de notre territoire; et faire suite à (la religion du) propriétaire ne se manifeste que quand il n'existe pas de (possibilité de) faire suite aux parents.

• 4528. Si avec le (mineur assujetti à l'esclavage) vient aussi un de ses père et mère mais sous sauf-conduit, alors le garçon (esclave) sera néanmoins Musulman.

comm. Car l'ennemi venu sous sauf-conduit reste ressortissant du territoire ennemi, même s'il se trouve en fait sur le territoire islamique. Donc on ne considérera pas qu'il est venu avec l'(esclave mineur). C'est le mineur (esclave) qui seul a cette particularité d'être ressortissant du territoire islamique. Voilà pourquoi on statuera que le (mineur) est Musulman, en tant qu'il fait suite à l'Islam de son propriétaire.

• 4529. A supposer que cet ennemi venu sous sauf-conduit trouve bon par la suite de devenir un Dhimmî, le garçon restera quand même Musulman.

comm. Car son islamisation est déjà statuée (irrévocablement), et ce sera comme cet autre cas où le propriétaire musulman faut venir (en territoire islamique) l'(esclave mineur tout seul), ce statut ne change pas, pas plus qu'il ne change si le mineur est fait prisonnier de guerre et ramené sur le territoire islamique, et qu'ensuite ses parents soient fait prisonniers.

suite: Si le Dhimmî qui l'a acheté et amené est un Scripturaire
2271 (judéo-chrétien), tandis que le garçon (esclave)* est Mage d'origine ou idolâtre, alors le mineur sera aussi un Scripturaire, au point que les (Musulmans) pourront consommer la bête égorgée par lui et, si ce mineur est une fille, il leur sera licite de

l'épouser(**litt.** avoir des rapports sexuels avec elle[1]). Ce sera à l'instar du cas où l'un des père et mère de l'(esclave) est un Scripturaire et l'autre un Mage.

comm. C'est ainsi parce que (en matière de religion) l'enfant fait suite au propriétaire comme il fait suite aux parents. Donc tout comme si un de ses parents est un Scripturaire, l'enfant est un Scripturaire, de même si le propriétaire qui amène cet (esclave mineur) est un Scripturaire, (l'esclave mineur aussi sera un Scripturaire).

• 4530. A supposer que le mineur (esclave) soit d'origine un Scripturaire et que le (ressortissant du territoire islamique) qui l'amène soit un Mage, la réponse sera la même (et le garçon ne deviendra pas Mage).

comm. Car on a déjà statué qu'il est un Scripturaire, eu égard à son origine, donc on ne le transformera (changera) pas de là. (Car la religion des Scripturaires est considérée par l'Islam comme supérieure à celle des Mages).

Ne vois-tu pas que si le (mineur) est un Musulman et esclave, puis que ce soit un Mage qui l'achète, le mineur ne quittera pas sa qualité de Musulman? Il en sera donc de même si le mineur est un Scripturaire.

• 4531. A supposer qu'il y ait un groupe d'esclaves appartenant aux [2] ennemis en guerre, puis que tous les ennemis de la région s'islamisent sauf ces esclaves, alors le mineur d'entre ces esclaves deviendra automatiquement Musulman, pourvu qu'il n'y ait aucun de ses père et mère avec lui, C'est ainsi parce qu'il se trouve maintenant sur le territoire islamique en compagnie de son propriétaire qui est un Musulman. Un de ces deux points (l'Islam de son parent ou de son propriétaire) suffit pour qu'on statue de l'islamisation du (mineur). Au contraire, si ces ennemis ne deviennent que des Dhimmîs (tout en rattachant leur pays à l'Etat musulman), leurs esclaves aussi restent non-Musulmans, sur leur religion; et en cela les mineurs et les majeurs sont égaux.

comm. Car leurs propriétaires[3] ont fait la paix avec les Musulmans tout en restant non-Musulmans; et leur territoire est devenu territoire islamique par la conclusion de la paix et non par l'islamisation de ses habitants. Cet état de choses n'oblige pas à statuer que les esclaves soient Musulmans; et ce sera comme un Dhimmî qui achète un (esclave) mineur sur le territoire ennemi pour l'amener sur le territoire islamique.

---

(1) Un Musulman n'est autorisé à épouser qu'une Musulmane ou une Scripturaire. Si la femme est une esclave, son maître pourra avoir des rapports avec elle dans les mêmes conditions, mais non quand elle est une Sage, une idolâtre, une athée, une animiste etc. Etant donné que la jeune esclave est ici la propriété d'un Dhimmî, un Musulman ne pourra avoir des rapports conjugaux avec elle qu'en l'épousant avec l'autorisation de son maître **dhimmî**, dont elle contineuera de rester la propriété (sauf que le maître ne pourra plus la cocuher).

(2) Ainsi: للقوم d'après le MS de Beyrouth, l'éd. portant: القوم

(3) L'éd. porte: مماليكهم , nous lisons: مالكيهم 'Aintâbi étant d'accord là-dessus.

2272 • 4532. * Il en sera de même si un ennemi vient chez nous sous sauf-conduit, accompagné d'un esclave mineur: ce dernier restera sur sa religion, et cet (ennemi) pourra le ramener sur le territoire ennemi s'il le veut.

comm. Car l'arrivée de ce (mineur) sur notre territoire s'est faite par la voie du consentement (de son propriétaire). Donc son statut légal sera comme le statut de son propriétaire. Ici le propriétaire est un ennemi ressortissant du pays en guerre.

• 4533. A supposer que ce proprietaire embrasse l'Islam sur le territoire islamique-ou vende l'(esclave mineur) à un Musulman, ou meure de sorte que le chef de l'Etat musulman vend son esclave (mineur) et en garde le prix pour les héritiers de cet (ennemi défunt), alors l'(esclave mineur) restera non-Musulman, sur la religion de ses parents.

comm. Car il est arrivé en tant que non-Musulman sur notre territoire, et en jouissance du sauf-conduit. Donc par la suite il ne devient pas Musulman tant qu'il n'aura pas lui-même professé l'Islam. Et ce sera à l'instar d'un Dhimmî qui meurt sur notre territoire, laissant un enfant mineur.

suite: A supposer qu'un des père et mère de cet (esclave mineur) soit fait prisonnier de guerre (et réduit en esclavage et ramené sur le territoire islamique), puis qu'il embrasse l'Islam, alors ce mineur deviendra Musulman, à cause de l'Islam de son (parent).

comm. Car l'Islam d'un de ses deux parents est comme sa propre conversion, pourvu que dans ce dernier cas il se convertisse en comprenant les choses. Voilà pourquoi on statute que ce (mineur) est Musulman par cette (?conversion de son parent).

• 4534. A supposer que le mineur soit fait prisonnier en compagnie de son parent, puis qu'on amène le mineur sur le territoire islamique avant son père, on ne statuera néanmonis pas que ce (mineur) est Musulman.

comm. Car on l'a transféré sur notre territoire alors que son père était en la main des Musulmans[1] et sous leur puissance résistante. Or être en la main possédante d'un Musulman, c'est comme d'être sur le territoire islamique en compagnie de l'(enfant). Voilà pourquoi le mineur suivra son (parent) quand même.

Ne vois-tu pas que la puissance résistante de l'armée (musulmane) sur le territoire ennemi est comme celle du territoire islamique en ce qui concerne l'esclave ennemi se réfugiant (chez nous) en dépit de (son propriétaire ennemi), et en ce qui concerne les femmes ennemies (se réfugiant chez nous en tant que converties)? Il en sera donc de même du statut par lequel on fait suite (au parent ou au propriétaire, en matière de religion).

2273 • 4535. * A supposer que ce père (capturé) soit tué ou s'évade avant d'être ramené sur le territoire islamique, alors non plus le mineur ne sera pas Musulman.

---

(1) Ainsi: المسلمين d'après le MS de Beyrouth, l'éd. portant: المسلم

comm. Car ce (garçon) est arrivé sur le territoire islamique en tant que non-Musulman, donc il ne se transformera pas par la suite en Musulman, tant qu'il n'aura pas lui-même professé l'Islam, ou qu'un de ses parents n'aura pas embrassé l'Islam; auquel cas ce (mineur) aussi sera Musulman, lui faisant suite.

• 4536. A supposer que l'ennemi venu sous sauf-conduit embrasse l'Islam sur notre territoire, et que son enfant mineur reste sur le territoire ennemi, si les (soldats) musulmans capturent cet (enfant), par la suite, et l'amènent (sur le territoire islamique) —ou même ne l'amènent pas— le mineur sera Musulman, faisant suite à son père qui est Musulman et se trouve chez nous.

comm. Si le père est dans l'armeée musulmane, le cas ne présente pas de difficulté. Même s'il est sur le territoire islamique, alors comme nous l'avons mentionné, la puissance résistante fournie par l'armée est comme celle du territoire, en ce qui concern le statut par lequel on fait suite (en matière de religion). Donc si le mineur se trouve sous la puissance résitante de l'armée, ce sera comme s'il se trouvait sur le territoire islamique.

suite: Il en sera de même si le père se trouve (en tant que Musulman) dans un pays tiers en guerre (avec les Musulmans), y étant allé (sous sauf-conduit) en tant que commerçant.

comm. Car un Musulman est ressortissant du territoire islamique où qu'il se trouve. Donc le mineur (son enfant) sera Musulman, lui faisant suite, même si le (père) se trouve en fait sur le territoire ennemi.

• 4537. A supposer que le père meure Musulman sur le territoire islamique, et qu'ensuite seulement on capture le mineur (son enfant), celui-ci ne sera pas considéré comme Musulman tant qu'on sera sur le territoire ennemi, sauf qund en le partage en butin, ou qu'on le vend (à un ressortissant musulman) ou qu'on le transfère sur le territoire islamique.

comm. * Car son père est mort sur notre territoire; or l'obligation de faire suite 2274
au mort n'est pas prise en considération quand il s'agit d'entrer **ab initio** en Islam, même si on la prenait en considération pour y demeurer.

Ne vois-tu pas que si la mère (de ce mineur) est capturée en même temps que l'(enfant), on ne peut pas déclarer l'islamisation du mineur? (Un mineur en compagnie d'un de ses parents qui est non-Musulman reste non-Musulman). Il en sera donc de même si le (mineur) est capturé tout seul: nous disons qu'on ne statuera pas en faveur de son islamisation tant que ce (mineur) se trouve sur le territoire ennemi.

• 4538. A supposer que la mère soit capturée en même temps que l'enfant mineur, cependant que son père est un homme libre, Musulman, et chez nous, alors le mineur sera Musulman, faisant suite à son père.

Si un ennemi vient chez nous sous sauf-conduit, puis qu'il se fasse naturaliser comme Dhimmî —ou si les Musulmans le capturent en tant que non-Musulman et si par la suite ils capturent son auparavant; ou même s'ils ne l'émancipent pas—

fils mineur en le réduisant en esclavage, et qu'ils le transfèrent sur le territoire islamique, ce mineur ne sera pas Musulman.

comm. Car son père est un non-Musulman et se trouve sur le territoire islamique. Et le mineur ne se trouve pas sur notre territoire si ce n'est en compagnie de son père qui est non-Musulman, sous la juridiction des Musulmans. Donc le mineur le suivra quant à la religion (et restera non-Musulman).

• 4539. Au contraire, si le père meurt comme non-Musulman avant que son enfant mineur soit capturé et réduit en esclavage, le reste des circonstances étant le même, alors le mineur (qui n'est accompagné d'aucun de ses parents non-musulmans) sera Musulman si on le transfère sur le territoire islamique.

comm. Car quand le père est mort, on ne le prend plus en considération quand il s'agit de statuer l'entrée **ab initio** de son (enfant) en Islam, pour qu'il le suive en matière de religion; à plus forte raison donc il ne faut pas prendre en considération un (père mort) pour empêcher l'islamisation de son (enfant mineur) si celui-ci est transféré sur le territoire islamique (tout seul, sans être accompagné d'aucun de ses parents non-musulmans).

• 4540. (Chaibânî) dit encore: Si une armée ennemie, dotée de puissance résistante, entre sur le territoire islamique, accompagnée d'enfants mineurs lui appartenant, et que les Musulmans vainquent et capturent ces enfants, ceux-ci seront Musulmans, comme si on les avait capturés sans que leurs pères et leurs mères aient été capturés avec eux.

comm. Car par la simple capture, ces (enfants prisonniers) sont mis en sécurité au moyen du territoire islamique, (vu que l'ennemi se trouvait sur le territoire islamique).

2275 • 4541. * Et si leurs pères et leurs mères sont capturés même un seul instant plus tard, les enfants restent quand même. Musulmans.

comm. Car on statue en faveur de l'islamisation de ces mineurs, puisqu'ils sont capturés avant leurs parents. Et une fois établi ce statut, il ne change pas par la capture postérieure de leurs pères et de leurs mères.

comm. Le cas sera le contraire si cet incident a lieu sur le territoire ennemi. Car là le mineur ne devient pas Musulman par la simple capture, avant qu'on ne l'ait transféré (sur le territoire islamique); donc si on capture le père d'un (mineur) un ou plusieurs jours après, puis qu'on les transfère tous les deux sur la territoire islamique, ce sera comme si on les avait capturés tous les deux ensemble.

• 4542. Mais quand les combats se déroulent sur le territoire islamique, et qu'on les capture tous les deux (le père et son enfant mineur) simultanément, ou même si on capture d'abord le père puis l'enfant mineur, la réponse sera la même, (l'enfant ne sera pas Musulman).

comm. Car nous n'avons pas obtenu la main possédante sur le (mineur seul) mais sur lui accompagné de son père non-Musulman. Certes si l'enfant est capturé d'abord, on statuera qu'il est Musulman, puis ce statut ne changera pas, même si le père est capturé un instant après lui.

suite: Il en sera de même si le garçon mineur entre sur notre territoire sans demander de sauf-conduit, puis qu'un Musulman le capture, le garçon sera Musulman dès qu'on l'aura capturé.

comm. Quand on déduit la loi en raisonnant sur le principe énoncé par Abû Hanîfa, ce mineur fera partie du butin pour la totalité de la communauté musulmane; et selon Chaibânî il fera parti du butin pour celui qui le capturera, et il ne sera pas[1] homme libre malgré son islamisation automatique. Car il est devenu Musulman après avoir été capturé (seul, sur le territoire islamique). Or la qualité d'homme libre de quelqu'un est consolidée par sa conversion à l'Islam s'il était homme libre avant la capture. Mais celui qui devient Musulman par suite de sa capture, reste esclave. Et c'est de Dieu de Très Haut que provient tout pouvoir.

* Chapitre (215) 2276

DE LA PURIFICATION DE LA FEMME (POUR LE REMARIAGE)

• 4543. Nous avons mentionnée dans le **Mabsût**[2], que la capture et la réduction en esclavage d'un des deux époux exige la rupture des liens du mariage, non pas en vertu de la (capture), mais à cause de la différence des territoires des deux époux, **de facto** ou **de jure**. Voilà pourquoi la rupture n'a pas lieu si tous deux sont capturés simultanément. Puis, nous disons que si la femme est réduite en esclavage après avoir été capturée et amenée sur le territoire islamique, alors celui qui l'obtient pour sa quote-part de butin a la facultè de coucher avec elle après qu'elle a été purifiée par une menstrue, quand elle n'est pas enceinte; et après qu'elle a accouché, si elle est anceinte.

comm. (Chaibânî) tire argument, en faveur de cette opinion, de certains **hadith** qu'il a cité dans le livre, et dont il donne les chaînes de narrateurs successifs.

• 4544. Si la femme capturée a eu une période de menstrues, ou plus, sur le territoire ennemi, puis qu'on capture aussi son mari, pour amener tous les deux sur le territoire islamique, les époux resteront sur leur mariage, car la cause qui oblige à la séparation (=rupture des liens maritaux) —à savoir la différence des territoires des deux époux— n'existe pas. A supposer qu'on transfère la femme toute seule sur le territoire islamique, et qu'elle tombe dans la quote-part de quelqu'un, celui-ci ne doit pas la prendre pour licite (=pour coucher avec elle) en se fondant sur la période de menstrues qu'elle a passée sur le territoire ennemi (depuis la capture, mais il doit attendre encore une période) pour qu'elle soit purifiée. Et il en est de même si elle a passé une période sur le territoire islamique * avant d'être partagée en butin —ou 2277
même partagée pour être remise aux centurions (**'urafâ'**) avant d'être remise aux individus (bénéficiaires parmi les soldats conquérants).

---

(1) Le mot: لا ("ne...pas") manque à l'éd., supplée d'après le MS de Beyrouth.

(2) cf. **Mabsût** (ou: Aṣl) de Chaibânî, ch. **Siyar**, section **Bâb aṣ-ṣabâyâ yu'taqna.**

comm. Car cette période a eu lieu avant que l'ayant droit ait reçu sur la (captive) le titre de propriété par suite de son droit à la quote-part du butin.

suite: Il en est de même si elle tombe dans la quote-part de quelqu'un, mais que celui-ci n'en obtienne pas possession avant qu'elle ait passé une période.

comm. Car le titre de propriété sur le butin pour un conquérant s'établit par voie de bienfaisance[1] (**şila**), et ce genre de titre ne s'accomplit que par la prise de possession. Même si le titre de propriété sur la personne de l'objet (ici, une esclave) s'établit par le partage du butin, le titre permettant d'en disposer ne s'établit que par la prise de possession. Or coucher avec une (esclave) c'est disposer d'elle, et cette disposition n'est licite qu'après que cette esclave a été purifiée par une période de menstrues après qu'on a obtenu le titre sur elle. Voilà pourquoi nous disons que si une esclave passe une période de menstrues en la main du vendeur, l'acheteur n'a pas la faculté de la considérer comme licite par cette seule purification, (mais il doit attendre encore un délai).

• 4545. Si la prisonnière (esclave) est enceinte, et qu'elle accocuhe après que le (soldat) a pris possession d'elle une fois tombée dans sa quote-part du butin, alors pas de grief à ce que ce (maître) cohabite avec elle dès qu'elle a été guérie de l'indisposition de l'enfantement (**nifâs**). Même pendant les premiers jours de l'indisposition de l'enfantement, il a la faculté d'embrasser cette (esclave), et de profiter de sa personne au-desous de la ceinture. Au contraire, si elle a déjà accoechée avant que (le soldat) en ait pris possession, la possession venant après, alors il ne lui est pas loisible de profiter d'elle, même pour ce qui est au-dessus de la ceinture, ni pendant l'indisposition de l'enfantement ni après, jusqu'à ce qu'elle ait eu une autre période de menstrues.

comm. Car celle a déjà été purifiée par l'enfantement. L'interdiction d'avoir des rapports sexuels avec elle après l'accouchement, pendant l'indisposition de l'enfantement, provient de l'**adhà** (indisposition et impureté). En effet sa situation est alors comme celle d'une femme mariée qui a ses menstrues et dont le mari ne peut profiter d'elle pendant cette période (à cause de l'impureté. Mais si elle accouche avant la prise de possession, la possession venant après, alors il incombe
2278 au (maître)* d'attendre que les menstrues suivantes l'aient purifiée et, dans ce cas, elle reste pendant l'indispoistion de l'enfantement, non-purifiée et en la main possédante du (maître). Or jusqu'à la purification, il est interdit de la toucher ou de l'embrasser par sensualité, tout comme il est interdit de cohabiter avec elle.

• 4546. Si la prisonnière (esclave) embrasse l'Islam avant qu'on la transfère en territoire islamique, et que son mari non-Musulman reste sur le territoire ennemi (échappant à la mainmise de l'armée musulmane), les liens maritaux sont définitivement coupés.

(1) En contraste avec l'achat, le butin est une bienfaisance, c.-à-d. s'obtient à titre gratuit.

comm. Car on l'a mise en sécurité au moyen de la puissance résistante de l'armée (musulmane). Or la mise en sécurité au moyen de l'armée est, pour une convertie à l'Islam, comme la mise en sécurité au moyen du territoire (islamique).

Ne vois-tu pas que si une réfugiée se met en sécurité au moyen de la puissance rèsistante de l'armée (musulmane), ses liens maritaux avec son mari sont définitivement coupés? Il en sera donc de même en ce qui concerne une prisonnière réduite en esclavage.

suite: En outre, dans le cas de la captive (convertie), il n'y a pas de délai légal d'attente.

comm. Tous les juristes sont d'accord là-dessus, tandis qu'un sujet d'une réfugiée il y a quelque divergence, comme nous l'avons déjà mentionné. (cf. ch. 165, surtout IV, 91).

• 4547. Si le chef de l'Etat musulman partage les butins sur le territoire ennemi même, puis que la captive tombe dans la quote-part de quelqu'un —ou que le (chef) la vende pour la remettre à l'acheteur— et que le (maître) attende que la période de menstrues suivante l'ait purifiée, celui-ci aura ensuite la faculté de cohabiter avec elle.

comm. Car il n'y a plus de liens maritaux entre elle et son mari (d'origine), qui n'a plus aucun droit sur elle. Donc elle est exactement comme si elle n'avait pas été mariée au moment de la capture. Si on partage en butin (une esclave) sur le territoire ennemi —ou si on la vend— le titre de propriété se transforme (=se transfère) comme c'est le cas si le partage était effectué sur le territoire islamique.

Ne vois-tu pas que si un renfort vient rejoindre une armée après que celle-ci a déjà partagé ses butins, le renfort n'a plus le droit de participer au partage des captures de l'armée, ni au prix non plus, si le chef de l'Etat a vendu les butins.

• 4548. Si le chef de l'Etat offre une prime (**nafal**) sur le territoire ennemi, et
dit à un groupe de l'armée: "Quiconque * capture une jeune fille (**jâriya**), elle sera à 2279
lui", puis que chaque soldat capture une jeune fille et attende que les menstrues la purifient, restant toujours sur le territoire ennemi,

comm. Alors selon Abû Hanîfa, il n'a pas la faculté de cohabiter avec elle avant de l'avoir transférée en territoire islamique. Abû Yûsuf aussi est du même avis. Mais selon Chaibânî: il a la faculté de cohabiter avec elle.

comm. Car il a obtenu sur elle un titre de propriété exclusif, personne d'autre n'y étant associée. Donc une telle esclave et une autre que le (soldat) aurait achetée —ou aurait obtenue dans sa quote-part lors du partage des butins— sont égales. Abû Hanîfa et Abû Yûsuf disent que lorsqu'on offre une prime, le titre de propriété est acquis au bénéficiaire de la prime au moyen de la capture; or une telle propriété ne s'accomplit que par la mise en sécurité sur le territoire islamique, cela à l'instar du cas du titre qui s'établit pour un aventurier individuel sur le territoire ennemi, au contraire du titre qui s'établit au moyen du partage du butin ou de la vente. Ce qui

expliquera cette différence c'est que, une fois que le partage —ou la vente— est effectué sur les butins, les (soldats) n'ont plus la faculté de profiter des denrées alimentaires et du fourrage, sans un besoin pressant, (car ces objets sont devenus la prorpriété des particuliers), tandis que dans ce qui est offert en prime, le droit de profiter continue de subsister (pour le béneficiaire de la prime).

• 4549. A supposer que le mari de cette captive (accordée en prime) soit fait prisonnier après que le bénéficiaire de la prime l'a prise, les liens maritaux ne subsistent plus entre elle et son (mari d'origine).

comm. Les uns disent que c'est l'avis uniquement de Chaibânî, car si l'un déduisait la règle à partir du principa énoncé par Abû Hanîfa, il faudrait que le mariage ne fût pas coupé par la simple capture avant la mise en sécurité au moyen du territoire islamique. Mais il est plus correct de dire que c'est l'avis de tous les maîtres juristes, car l'essentiel du titre de propriété s'établit en faveur du bénéficiaire
2280 de la prime dès la capture (de l'esclave), bien que ce titre * ne se consolide que par la mise en sécurité au moyen du territoire islamique. Or si l'essentiel du titre de propriété d'une (esclave) s'établit en faveur d'un Musulman, cette (esclave) devient une ressortissante du territoire islamique et, par conséquent, la séparation a lieu entre elle et son mari (d'origine).

Ne vois-tu pas que si cette (captive) est mineure, on statuera, dès qu'elle reviendra au bénéficiaire de la prime, qu'elle est Musulmane, et cela au même titre que si on l'avait transférée sur le territoire islamique? De même si le bénéficiaire de la prime attend que les menstrues l'aient purifiée et qu'ensuite il la transfére en territoire islamique, elle sera licite pour lui à cause de cette période de purification, au contraire du cas d'un aventurier, car l'aventurier n'obtient pas le titre sur le captive avant la mise en sécurité (au moyen du territoire islamique).

Ne vois-tu pas que si un renfort rejoint un (aventurier), ce (renfort) partage avec lui la capture; mais le titre du bénéficiaire de la prime s'établit dès la capture (de l'objet de la prime), de sorte que le renfort n'y participe pas? C'est ainsi parce que l'offre en prime de la part du chef de l'Etat a le sens d'un partage de butin, mais d'un partage avant même la capture, et le chef de l'Etat le fait dépendre de la capture. Donc vu le sens de partage, nous établissons cette règle (**litt.** ce statut légal) concernant l'objet de l'offre en prime, et nous faisons une différence entre ce cas et celui d'un avanturier; étant donné la cause donnant le titre de propriété, qui est la capture Abû Hanîfa a plus de scrupules (**ihtiyât**) à propos des rapports sexuels, et dit: Un tel (bénéficaire de la prime) n'a pas la faculté de cohabiter avec l'(esclave capturée) avant de l'avoir transférée en territoire islamique. Que de statuts légaux sont ainsi tiraillés entre ces deux principes de base et sont tirés de l'un ou de l'autre de ces deux principes! Et tout pouvoir provient de Dieu le Très Haut.

* Chapitre (216)

DES PRISONNIERS RÉDUITS EN ESCLAVAGE, ET DE LEUR VENTE AUX DHIMMIS 2281

• 4550. Si les Musulmans capturent des prisonniers, puis qu'ils les partagent en butin et les transfèrent en territoire islamique, alors pas de grief à ce qu'on les vende aux Dhimmîs.

comm. Car ces (prisonniers) sont des mécréants, même s'ils sont devenus ressortissants de notre territoire par suite de la mise en sécurité; ils sont donc comme des Dhimmîs et, par conséquent, il n'y a pas à faire grief de vendre un esclave Dhimmî à un Dhimmî.

suite: Excepté dans un seul cas, à savoir s'il s'agit d'un captif mineur qui ne soit accompagné d'aucun de ses père et mère. Il ne faut pas vendre un tel (mineur) aux Dhimmîs.

comm. Car ce (mineur) devient un Musulman par suite du transfert en territoire islamique —ou même par suite du partage sur le territoire ennemi— en vue du fait que la mise en sécurité s'accomplit en lui par le partage, comme elle s'accomplit par le transfert (en territoire islamique). Pour cette raison, si un (tel prisonnier mineur) meurt, on célèbre pour lui l'office funéraire islamique.

• 4551. A supposer que cette (captive) soit une Scripturaire (Juive ou Chrétienne), et que celui qui l'obtient comme sa quote-part du butin attende qu'elle soit purifiée[1], il est licite pour lui de cohabiter avec elle. S'il se manifeste qu'on doit statuer qu'elle est Musulmane[2] (parce) qu'elle est mineure non accompagnée d'aucun de ses parents), nous disons qu'il n'est pas licite au (soldat) musulman de la vendre aux Dhimmîs. Certes s'il l'a vendue, la vente sera exécutée (même si par la suite on contraint l'acheteur Dhimmî à la vendre à un Musulman). A supposer qu'il y ait un de ses parents avec elle, alors pas de grief à ce qu'on la vende aux Dhimmîs.

comm. Car en ce cas on ne statuera pas que la (jeune esclave) est Musulmane, (...[3]) étant donné que la mineure est arrivée sur notre territoire accompagnée de son parent (**litt.** père) qui, est, lui aussi, un ressortissant de notre territoire. Ce fait empêche de statuer que la (mineure) soit considérée comme Musulmane. (On pourra donc la vendre à un Dhimmî).

suite: *Dans ce cas il est égal que chacun (de la jeune fille et de son parent) 2282

(1) Ainsi: فاستبرأها selon le MS de Beyrouth, l'éd. portant: فاشتراها

(2) L'auteur veut dire que la fille était adolescente lors de la capture, pour avoir atteint la puberté par la suite quand elle est prisonnière de guerre. Elle devient Musulmane parce qu'elle est mineure au moment de la capture.

(3) Dans le texte il y a un passage visiblement déplacé, et nous le feront suivre après ce morceau du commentaire.

tombe dans la quote-part d'un soldat (musulman) différent ou s'ils tombent tous dans la quote-part du même homme*[1].

• 4552. Il faut qu'aucun des prisonniers réduite en esclavage ne soit vendu à un ennemi venu sous sauf-conduit sur le territoire islamique.

comm. Car cet (esclave) est devenu ressortissant de notre territoire et l'ennemi venu sous sauf-conduit n'a pas le droit d'acheter un esclave qui est ressortissant de notre territoire; au contraire, on le contraindra de vendre un tel esclave s'il l'a déjà acheté. Cela pour le principe de base que nous avons mentionné, à savoir qu'un Dhimmî (esclave) est vis-à-vis d'un ennemi venu sous sauf-conduit comme (esclave) Musulman vis-à-vis d'un Dhimmi, quant aux afffaires d'Ici-bas.

• 4553. A supposer qu'un ennemi venu sous sauf-conduit achète une esclave dimmîya, puis qu'il la déclare **mudabbara** (libérable automatiquement lors de la mort du maître) ou **umm-walad** (libérablement également si elle a donné naissance à un enfant à son maître), cette disposition de sa part sera exécutée —car elle concerne sa propriété— mais on l'empêchera de cohabiter avec elle[2], ou de l'asservir; au contraire, elle obtiendra sa libération par le moyen de travailler et gagner sa valeur et la payer (à ce maître ennemi).

comm. Nous avons déjà mentionné ce statut légal à propos d'un Dhimmî qui déclare **mudabbara** ou **umm-walad** sa jeune esclave musulmane. Il en sera donc de même si un ennemi venu sous sauf-conduit agit de même envers une esclave dhimmîya.

• 4554. Une femme d'entre les Scripturaires (judéo-chrétiens) est capturée avec ses enfants, puis que tous tombent dans la quote-part d'un homme (musulman), si un des enfants (adolescent) de cette (femme) embrasse l'Islam, tout en étant un mineur, le (maître) n'a plus le droit de vendre aucun d'eux (la mère et les enfants) à un non-Musulman.

comm. Car s'il vendait tous, il vendrait un esclave musulman à un
2283 non-Musulman; et cela n'est pas licite. * Et s'il vendait certains d'entre eux, il séparerait la mère de ses enfants mineurs une fois que tous sont ensemble dans son titre de propriété; et cela non plus n'est pas licite.

• 4555. Si un Dhimmî —ou même un ennemi venu sous sauf-conduit— achète une esclave apostate, l'achat sera valide mais on le contraindra à la vendre a un Musulman), qu'elle soit mineure ou majeure.

comm. Car on contraint l'apostate à embrasser l'Islam de nouveau. Comme on

(1) Le passage *-* est celui dont on a parlé dans la note précédente.

(2) Dès l'achat, ce ne sera pas possible, car il dit que cette esclave a donné naissance à un enfant de son maître étranger. Dès que la nouvelle en parvienne au tribunal? C'est possible; mais puisqu'un étranger peut épouser une Dhimmîya, on se demande si cette interdiction ne sera pas reportée jusgu'au moment du départ de cet étranger pour son pays d'origine?

ne laisse pas une esclave musulmane dans le titre de propriété des non-Musulmans, qu'elle soit mineure ou majeure, il en sera de même quant à une apostate. (Chaibânî) ajoute:

suite: Ne vois-tu pas que si cette (apostate) avait embrassé le judaïsme comme une Juive d'origine, nous apprenons qu'on ne prend pas en considération ses (nouvelles) croyances en ce qui concerne les statuts légaux, étant donné que cette femme est obligée de d'abandonner ces (nouvelles croyances) et de rentrer en Islam. Donc elle sera (potentiellement) comme une Musulmane, en ce sens qu'on contraindra le (propriétaire) non-musulman à la vendre à un Musulman.

• **4556.** Si une femme est capturée avec ses enfants mineurs, puis qu'un des enfants (adolescent) embrasse l'Islam, si on les vend tous à un non-Musulman, la vente sera valide mais on contraindra celui qui les a achetés à les revendre tous (à un même Musulman), pourvu que ce (prisonnier) acheteur soit un ennnemi venu sous sauf-conduit;—

comm. Car certains de ces (esclaves) sont Musulmans, et d'autres sont Dhimmîs, et on contraindra un ennemi venu sous sauf-conduit à vendre l'une comme l'autre catégorie (à un Musulman). Et comme il est interdit de séparer (la mère de ses enfants mineurs) lors de la vente, on contraindra l'(acheteur) à les vendre tous ensemble;—

suite: Mais si l'(acheteur) est un Dhimmî, on le contraindra à vendre seulement les Musulmans d'entre ces (esclaves).

comm. * Car il lui est loisible de perpétuer son titre de propriété sur l'esclave 2284
dhimmî, et l'interdiction de la séparation lors de la vente ne le concerne pas (la personne visée par cette règle étant le seul Musulman).

• **4557.** Et (même) s'il était concerné par cette (règle de la non-séparation), il lui serait loisible dans le cas présent de vendre seulement l'(esclave) musulman, car cette séparation proviendrait d'un droit, étant donné que le seul droit (devoir), ici, est d'écarter le titre de propriété que ce (Dhimmî) a sur un Musulman; et la séparation faite à cause d'un droit n'est pas chose interdite.

comm. Ne vois-tu pas que si l'enfant et la mère sont réunis dans le titre de propriété d'un Musulman, puis que l'un d'eux (l'enfant ou la mère) contracte une dette, alors il n'y aura pas à faire grief de vendre l'un et non l'autre? De même, si l'un d'eux commet un tort, pas de grief à ce qu'on le remette, lui seul, (en réparation du tort, à la victime) du tort. Nous apprenons ainsi que si la séparation a lieu à cause d'un droit, elle n'est pas chose interdite. Parlant des ramifications de la conversion d'un mineur à l'Islam, (Chaibânî) poursuit:

• **4558.** Si un Musulman explique l'Islam à un esclave non-musulman et que l'esclave mineur dise: "Je suis de cette même (croyance)", si nous avons avec certitude que cet (adolescent) a compris ce qu'on lui a dit, il sera considéré comme Musulman. Mais si l'avis prépondérant est qu'il ne l'a pas compris, il ne sera pas un

Musulman et on lui demandera: "Explique-(nous) l'Islam", et s'il l'explique bien, il sera un Musulman.

comm. Ce que dit (Chaibânî) ici renforce l'avis des juristes qui disent que:

suite: "Si quelqu'un epouse une femme (païenne), ou achete une jeune esclave (païenne), puis lui demande: 'Explique-mois l'Islam', mais qu'elle ne le puisse pas,
2285 et si par la suite cet homme lui explique l'Islam, et que la femme dise: * 'Oui, je suis de cette même (croyance)', alors, s'il sait qu'elle a bien compris ce qu'il lui a expliqué, il lui sera licite de cohabiter avec elle.

comm. Car la timidité empêche parfois une femme de bien expliquer, même si elle a la capacité d'expliquer l'Islam et qu'elle y croie. Donc il n'y a pas de différence entre le cas où l'homme lui explique et où elle dit: "Je suis de cette (croyance)", et le cas où elle-même explique, pour qu'on statue qu'elle est une Musulmane. Et tout pouvoir provient de Dieu le Très Haut.

2286 *** Chapitre (217)**

DE L'ARRIVÉE D'UN ESCLAVE VENANT DU TERRITOIRE ENNEMI SOUS SAUF-CONDUIT, ET DE SON ARRIVÉE EN TANT QUE MUSULMAN OU DHIMMI

• 4559. (Chaibânî) dit: Si un esclave quelconque se réfugie sur le territoire islamique, devenant Musulman ou Dhimmî en dépit de son maître, il sera homme libre, et aura la faculté de contracter fraternité avec qui il voudra.

comm. Car il s'est mis en sécurité et à l'abri vis-à-vis de son maître d'origine. S'il (enlevait) quelques biens de son maître ennemi et les mettait en sécurité sur le territoire islamique, il acquerrait le titre de propriété sur eux; donc s'il se met lui-même en sécurité, il obtiendra le titre de propriété sur lui-même, il deviendra homme libre. De cette explication, il ressort qu'il ne se libère pas contre le titre de propriété de quelqu'un d'autre. On sait que si quelqu'un émancipe son esclave, il a droit aux liens de fraternité avec son esclave émancipé. Mais ici ce n'est pas le cas, et personne d'autre n'a le "droit d'émancipateur" sur cet esclave. En outre, pour hériter, ou pour le cas où il commet un tort, cet (esclave-réfugié) sera comme un ennemi (homme libre) qui arriverait converti à l'Islam.

• 4560. (Chaibânî) tire argument pour cela, du récit de 'Ikrima, qui rapporte: "Quand un esclave (ennemi) venait auprès du Prophète sans avoir son maître avec lui, il s'émancipait automatiquement". Et (il tire argument) également du récit fait par Tâwûs[1] qui dit: "Dans l'écrit de Mu'âdh, il y avait ce (passage): 'Si un esclave se réfugie (**litt.** se tire) auprès des Musulmans et —le narrateur ajoute dans cet écrit

(1) D'autres passages de cet écrit ont été cités plus haut, voir IV, 26 et 236.

il y avait un mot, et je suppose que c'était: —cela en tant que Musulman, il sera homme libre. Et si un esclave se réfugie (litt. sort) dans un district (mikhlâf) assujetti à la dîme[1] (comme impôt agricole), alors la dîme et la ṣadaqa (impôt sur l'argent thésaurisé) payées par lui seront encaissées en tant que dîme'. Dans un autre récit, on lit ce même passage: '...et si un esclave se réfugie * dans un district qui n'est pas assujetti à la dîme, alors la dîme et la ṣadaqa payées par lui seront (néanmoins) encaissées en tant que dîme'". 2287

suite: Le "mikhlâf" est une partie d'un **rustâq**, et consiste en un certain nombre de villages (**qarya**), comme nous disons (en Asie Centrale): Farâwar al-'Ulyâ (la Haute Farâwar)[2] etc. (Chaibânî) rapporte encore ceci sur l'autorité de 'Ikrima: "Il y avait (à la Mecque) un esclave qui embrassa l'Islam. Puis quand le Prophéte émigra, les gens de cet (esclave) eurent peur que lui aussi ne suive le Prophète (et s'enfuie). Ils le saisirent donc et l'enchaîèrent. Cet (esclave) envoya alors un message au Prophète: "Tu sais que je suis Musulman. Achète-moi donc et sauve-moi". Le Prophète dépêcha sept personnes montées à un chameau (?pour monter le même chameau, en relayant, l'une après l'autre), et leur donna comme instruction: 'Enlevez-le, et il se peut que, dans la région, vous trouviez qui vous aide'".

comm. Dans ce récit il y a indice pour dire qu'il n'y a pas à faire grief de ce qu'un groupe musulman, non doté de puissance résistante, entre sur le territoire ennemi sans s'être prémuni du sauf-conduit, en vue d'une telle entreprise, et pour qu'il ne soit pas considéré comme se jetant de ses propres mains dans la destruction, (chose interdite par le Qur'ân 2/195), étant donné qu'un tel acte n'est tel, que si la destruction est certaine, et s'il a lieu dans un endroit où leur acte n'inflige aucun

---

(1) Ainsi **'uchrîya** dans l'éd., mais dans la traduction turque ainsi que dans le MS de Beyrouth: عشيرته par deux fois, ici et à la fin de la phrase, ce qui donnera le sens suivant: "Si un esclave sort vers le mikhlâf de son **'achîra** (famille de son patron), alors la dîme et la **ṣadaqa** payées par lui iront au mikhlâf de son **'achra**; et selon une autre version du même récit: Si un esclave sort vers un mikhlâf autre que celui de son **'achîra**, la dîme et la **ṣadaqa** payées par lui iront néanmoins au mikhlâf de son 'achîra". Et le savant traducteur turc critique justement cette variante, parce qu'un esclave ne paie ni dîme ni **ṣadaqa**. Nous préférons donc les termes du texte édités à Haiderabad, et basé sur deux MSS, celui de Haiderabad et celui de Lucknow, et pensons que cette phrase complète la précédente, à savoir que si un esclave ennemi se réfugie en territoire islamique, il se libère automatiquement, et comme homme libre s'il cultive la terre ou fait le commerce, il doit payer la dîme et la **ṣadaqa** (zakât); et même s'il s'installe sur le territoire islamique mais dans une région dont les habitants sont des Dhimmîs, cet esclave converti payera néanmoins les impôts que paient les Musulmans et non ceux que paient les Dhimmîs. Et pour la variante, on peut également penser que, si quelqu'un émancipe son esclave et que cet esclave s'installe ailleurs que dans le district de son émancipateur, les impôts payés par l'ex-esclave iront dans la caisse du district de son émancipateur, eu égard aux liens que garde l'émancipateur sur l'émancipé.

(2) D'après le dictionnaire persan **Burhân qâti'**, c'est un endroit dôté d'une célèbre source thermale qui se trouve dans le Khurâsân. Et d'après Hajji Khalîfa (Jahân Numâ), il est plus précisément près de Bukhârâ, mais s'appelle Farâwân, au lieu de Farâwar de notre texte.

dommage à l'ennemi. Au contraire, si leur acte inflige du dommage à l'ennemi, alors il n'y a pas à leur faire grief d'un tel acte.

• 4561. (Chaibânî) cite: D'après ‘Abdallâh ibn Abî Bakr, il y avait un homme noir, esclave, berger des moutons de son maître (à Khaibar). Quand il vit les habitants de Khaibar s'installer dans des fortifications, il leur en demanda la raison, et eux de dire: “Nous allons combattre cet homme (=Muhammad) qui prétend être un Prophète avec les moutons, et lui posa la question: “Qu'est-ce que tu dis? et à
2288 quoi invites-tu?” Et lui de répondre: **“J'invite à * l'Islam, c'est à dire qu tu attestes qu'il n'y a de Dieu que Dieu Lui-même”**. Le (berger) demanda alors: “Qu'aurai-je comme récompense si j'atteste cela?” Le Prophète: “Si tu meurs avec cette croyance, tu iras dans le Paradis”. L'esclave embrassa tout de suite l'Islam; et il y a là-dessus tout un récit(1).

comm. (Chaibânî) a cité cet incident pour dire qu'il n'y a pas de différence entre un esclave (ennemi) qui embrasse l'Islam après s'être rendu au campement (musulman) et l'esclave qui se rend au campement ayant déjà embrassé l'Islam: dans les deux cas on statuera qu'il est libéré du joug de l'esclavage. Ensuite (Chaibânî) tire argument du récit des esclaves qui descendirent du fortin de Tâ'if (assiégé par le Prophète) pour embrasser l'Islam(2). Le Prophète avait dit à leur propos: **“Ce sont les émancipés de Dieu”.**

• 4562. Et (Chaibânî) cite le récit de ‘Ikrima: Le Prophète disait: “Si quelqu'un sort (pour venir chez nous) avant ses biens, puis que ses biens le suivent, ils seront toujours à lui; mais si les biens sortent avant lui, ils s'émancipent (de leur propriétaire)”. Et nous nous y tenons.

comm. Dans ce récit, le terme “biens” signifie: l'esclave. Donc si un esclave sort d'abord, en dépit de son propriétaire, il s'émancipe, même si son propriétaire sort par la suite (en tant que converti à l'Islam). Au contraire, si le propriétaire sort d'abord, et que l'esclave vienne ensuite, alors celui-ci vient pour montrer qu'il est d'accord avec son propriétaire, et se met en sécurité en faveur du propriétaire et non contre lui. Il restera donc esclave. Et Dieu sait mieux!

---

(1) Cf. **Le Prophète de l'Islam**, par **Hamidullah, I, 394.**

(2) Cf. Hamidullah, **op. cit.,** I, 324.

* Chapitre (218) 2289

DE L'ESCLAVE QUI SE LIBERE PAR CONVERSION A L'ISLAM, ET DE CELUI QUI NE SE LIBERE PAS

• 4563. (Chaibânî) dit ceci: Dans notre **as-Siyar aş-şaghîr**[1] nous avons mentionné la différence entre l'ennemi venant sous sauf-conduit sur le territoire islamique, et qui achète * un esclave, musulman ou dhimmî, et le fait entrer sur le territoire ennemi — et la divergence qu'il y a à ce propos entre (Chaibânî) et Abû Hanîfa— et le cas où un esclave appartenant à un ennemi embrasse l'Islam sur le territoire ennemi.

(Chaibânî) poursuit: Si l'esclave embrasse l'Islam et sort (vers) le territoire islamique) mais non en dépit de son maître, et transporte les biens appartenant à son maître, il restera esclave de son maître, à son **statu quo ante**, étant donné qu'il ne

---

(1) Cette référence est une preuve de ce que nous avons suggéré dans notre Introduction, à savoir que l'**as-Siyar aş-şaghîr** de Chaibânî n'est autre chose que le chapitre **Siyar** dans son **Kitâb al-Aşl**, (comme l'a précisé aussi Sarakhsî à la fin de son commentaire du chapitre **Siyar** dans son **Mabsût**). Voir pour le présent renvoi, l'**Aşl** (MS 'Atif/Istanbul, fol. 80 a-80 b), ch. **Siyar**, section 17. Comme ce chapitre est traduit en anglais par Majid Khadduri (**Islamic Law of Nations, Chaibânî's Siyar**, •648-85), nous nous contentons de ce renvoi. Sarakhsî parle du même sujet dans son commentaire d'**al-Jâmi' aş-şaghîr** de Chaibânî (MS Bagdatli Vehbi/Istanbul), et voici ce qu'il dit là-bas:

Abû Hanîfa dit que si un ennemi qui vient chez nous sous sauf-conduit achète un esclave musulman et le fait entrer en territoire ennemi cet esclave devient (automatiquement) homme libre. Abû Yûsuf et Chaibânî disent qu'il ne se libère pas, tout comme ne se libère pas l'esclave d'un ennemi qui embrasse l'Islam sur le territoire ennemi. C'est ainsi (disent-ils) parce que, par l'achat, l'esclave devient propriété de cet (ennemi), et quand ensuite il le fait entrer en territoire ennemi, ce titre de propriété ne s'évanouit pas, étant donné que la mise en sécurité au moyen du territoire ennemi est plutôt cause de l'établissement du titre de propriété, pour un ennemi en guerre. Comment cela pourrait-il donc faire évanouir son titre de propriété? Il n'est pas possible que cela change le caractère de son titre de propriété, car il s'agit d'un titre sacré (protégé par la loi), et ce carectère ne peut pas être changé par son entrée sur le territoire ennemi. Cela à l'instar de celui qui déclare ses biens licites pour qui les désire.

Mais Abû Hanîfa dit: Par l'achat (sur le territoire islamique), il s'établit pour cet (ennemi) un titre sacré, mais qui s'évanouit quand il fait entrer l'(esclave acheté) en territoire ennemi; car ce qui s'établit pour ce (maître) sur le territoire ennemi, c'est une propriété licite (à capturer pour les Musulmans). Les deux (titres) sont différents jusqu'à être opposés. Ainsi tant que le premier ne s'évanouit pas, le deuxième ne commence pas. Le principe de base est que quand le titre de propriété d'un ennemi en guerre, ne jouissant pas de sauf-conduit, s'évanouit d'un esclave musulman, il s'évanouit pour procurer (à cet esclave) la libération du joug de l'esclavage, exactement à l'instar du cas où l'esclave se réfugie chez nous en dépit de son maître. Ce n'est point comme le cas de celui qui déclare ses biens licites pour qui les désire, car la déclaration d'une telle licéité ne fait pas évanouir le caractère sacré du titre; mais dans le cas présent, quand l'(ennemi) entre sur le territoire ennemi, la caractère sacré de son titre s'évanouit. Nous apprenons ainsi que ce qui s'établit pour lui sur le territoire ennemi, c'est autre chose que ce qui s'établit en sa faveur sur le territoire islamique. En outre, cet ennemi était dans l'obligation absolue de faire cesser son titre de propriété (sur cet esclave musulman, parce que celui-ci est un Musulman), bien que contre une compensation. Donc quand ce caractère sacré s'évanouit, son titre s'évanouit aussi et cela sans qu'il y ait de compensation. Or quand le titre d'un maître s'évanouit de son esclave, sans qu'il y ait de compensation, l'esclave se libère.

veut pas dans ce cas (par son arrivée chez nous) se mettre en sécurité vis-à-vis de son maître, et donc il n'obtient pas le titre de propriété sur sa propre personne. Toutefois le chef de l'Etat musulman le vendra et gardera le prix ainsi que les biens qu'il y a en la main de cet (esclave) appartenant à son maître (ennemi), jusqu'à ce que son maître vienne les prendre.

comm. Car si le maître était présent, on l'aurait aussi contraint à vendre cet (esclave à un Musulman), étant donné qu'un esclave musulman ne peut pas être laissé en la main d'un non-Musulman. Donc si le (maître) est sur le territoire ennemi —et ceux qui se trouvent sur le territoire ennemi ont (pour nous) le même statut que des morts— le chef de l'Etat musulman aura la compétence de vendre cet (esclave) pour le compte de ce (maître ennemi).

• 4564. En outre il fallait que les biens qui se trouvent avec cet (esclave converti) fussent un butin (pour les Musulmans);—

2290 **comm.** * Car ni cet (esclave) ni son maître n'ont sollcité un sauf-conduit pour ces biens; et quand les biens d'un ennemi en guerre se trouvent sur notre territoire sans jouir du sauf-conduit, ils deviennent butin;—

Mais lorsque cet esclave musulman transporte ces biens pour en faire des affaires (du commerce) sur le compte de son maître, on considérera que cet (esclave musulman) a donné le sauf-conduit lui-même à ces biens quand il s'est rendu sur le territoire islamique. Or le sauf-conduit qu'il accorde une fois entré sur le territoire islamique est comme le sauf-conduit qu'accorderait un autre Musulman quelconque.

Voilà pourquoi il faut qu'on garde ces biens pour son maître.

• 4565. A supposer que ce soit le maître qui embrasse l'Islam le premier, pour se rendre sur le territoire islamique, puis que l'esclave le suive plus tard, lui aussi devenant Musulman ou restant non-Musulman, peu importe, celui-ci restera l'esclave de l'autre.

Comm. Car quand le (maître) embrasse l'Islam sur le territoire ennnemi, il met en quelque sorte ses biens en sécurité. Ne vois-tu pas que si les Musulmans conquéraient son territoire, ce (converti) aurait un droit prioritaire sur ses biens? Donc le fait qu'ensuite l'esclave sorte (vers le territoire islamique) constitue un accomplissement de cette mise en sécurité. Voilà pourquoi cet esclave restera à son **statu quo ante**, et il sera égal qu'il arrive en tant que Musulman ou non-Musulman.

• 4566. A supposer que le (maître) embrasse l'Islam sur le territoire islamique, puis qu'un de ses esclaves embrasse l'Islam sur le territoire ennemi pour venir ensuite sur le territoire islamique, alors il faut distinguer: s'il vient pour rejoindre son maître, il restera son esclave;—

comm. Pour la raison que nous avons mentionnée, à savoir qu'il veut ainsi se mettre en sécurité en faveur de son (maître) et non à son détriment;—

• 4567. Mais s'il arrive en tant que Musulman —ou même Dhimmî— avec l'intention de ne plus être l'esclave de son maître, il sera homme libre.

comm. Car celui qui embrasse l'Islam sur le territoire islamique ne met pas en sécurité quoi que ce soit de ses biens se trouvant sur le territoire ennemi. * Ne 2291
vois-tu pas que si les Musulmans conquéraient le territoire (de ce maître converti), tous ses biens feraient du butin? Donc la situation de l'(esclave) dans ce cas sera comme celle d'un (esclave) qui arrive en dépit de son maître et transportant les biens de son maître avec lui (en tant que butin). Nous avons déjà mentionné que dans ce dernier cas, l'esclave met en sécurité et sa personne et les biens qui sont avec lui, au détriment de son maître.

• 4568. Si, après son arrivée, tous les deux (le maître et l'esclave se disputent, l'esclave disant: “Je suis venu en dépit de mon maître”, et le maître disant: “Il est arrivé pour me rejoindre, en personne et avec ses biens”, alors c'est la parole du maître qui prévaudra (quand aucun des deux ne produit de preuve).

comm. Car le (maitre) s'en tient au **statu quo ante** originel, qui est qu'il avait un titre de propriété établi sur la personne de cet (esclave) et sur les biens qui se trouvent en sa main. En outre les apparences témoignent en sa faveur, étant donné qu'un esclave musulman ne peut être considéré comme agissant en dépit de son maître musulman, tant qu'il ne l'a pas manifesté. Donc la parole prévalante sera la parole de celui pour qui les apparences témoignent.

• 4569. Si un ennemi embrasse l'Islam sur le territoire ennemi pour venir ensuite sur le territoire islamique, et qu'il laisse ses biens lourds sur le territoire ennemi, puis qu'il y rentre sans que les ennemis aient molesté quoi que ce soit de ces biens: s'il reprend ces biens et les fait venir sur le territoire islamique, tous lui appartiendront, sans qu'on y prélève le cinquième gouvernemental (à titre du butin); et ce sera égal qu'il soit allé en territoire ennemi avec l'autorisation du chef de l'Etat musulman ou sans son autorisation.

comm. Car les biens sont restés en son titre de propriété, si les ennemis ne les ont pas molestés. Donc son titre sur eux subsiste, et il sera comme cet autre homme qui embrasse l'Islam et améne ses biens avec lui (sur le territoire islamique). En effet le prélèvement du cinquième gouvernemental du butin s'impose pour ceux des biens sur lesquels on obtient le titre de propriété continue, et que l'homme ne fasse que consolider ce même titre par la mise en sécurité (sur le territoire islamique), alors il n'y a pas là le sens de butin et, par conséquent, il n'y a pas de cinquième à payer.

• 4570. * A supposer que les Musulmans conquièrent le territoire de ce 2292
(converti) avant qu'il sorte (vers le territoire islamique), alors ses enfants mineurs seront hommes libres et Musulmans, et les soldats musulmans ne pourront rien faire contre ses biens, sauf les biens immeubles.

comm. Car quand ce (converti) rentre[1] auprès de ses biens, c'est comme s'il

(1) Le commentaire semble être égaré et déplacé. Ou plutôt le paragraphe qui précède ce commentaire est une petite digression, entre paranthèses, et la discussion continue, avant comme après.

avait embrassé l'Islam sur le territoire ennemi sans sortir vers le territoire islamique jusqu'à ce que les (soldats) musulmans aient conquis le territoire (de ce converti). Nous avons déjà mentionné le statut légal de ce cas (cf. III, 9 entre autres passages).

• 4571. Si l'ennemi embrasse l'Islam après être venu chez nous sous sauf-conduit, puis qu'il rentre auprès de ses biens et ses enfants, pour les faire venir ensuite sur le territoire islamique, alors (il y a différents cas à noter): S'il entre chez les (ennemis) sous un sauf-conduit, alors ses enfants sont hommes libres, et rien à faire contre eux;—

comm. Car quand il se rend sur le territoire ennemi, son enfant mineur devient Musulman, lui faisant suite; de même les biens qu'il transporte avec lui seront ses biens. Là-dedans il n'y a aucune complication, car quand un Musulman se rend chez les (ennemis) sous un sauf-conduit et obtient titre de propriété chez eux sur quelque chose par une quelconque cause, pour ramener cette chose (sur le territoire islamique), elle sera sienne, à lui en particulier. Dans le cas présent, où il consilide son titre sur ses propes biens, il doit les conserver en son titre à plus forte raison;—

suite: De même ses enfants majeurs et sa femme jouiront du sauf-conduit qui vient de lui (lui étant Musulman), et on ne pourra rien faire contre eux.

comm. Car ils arrivent en sa compagnie, donc il leur accorde le sauf-conduit. Ce sera comme s'il leur renouvelait ce sauf-conduit dès son arrivée sur le territoire islamique, et ils jouiront de ce sauf-conduit. (cf. aussi supra • 885).

• 4572. A supposer que ce même (converti) soit allé sans obtenir le sauf-conduit (des ennemis), la réponse sera la même pourvu qu'il soit allé sans l'autorisation du chef de l'Etat musulman.

comm. Car son statut ne peut pas être inférieur à celui d'un (Musulman) aventurier qui ramène quelques biens (pillés); ces biens appartiennent à cet (aventurier), sans qu'on y prélève le cinquième gouvernemental.

2293 • 4573. * Et même s'il y est allé avec l'autorisation du chef de l'Etat musulman, la réponse sera la même, concernant ses propores biens qui'il reprendra et ramènera sur le territoire islamique.

comm. Car il consolide ainsi son titre sur ses propres biens. Et puisqu'il n'obtient pas sur eux un titre ab initio par ce transfert (sur le territoire islamique), on ne considérera pas (ces biens) comme butin de guerre.

suite: Au contraire, sur les biens appartenant aux (ennemis) et qu'il amènera en les capturant, il aura à payer le cinquième gouvernemental.

comm. Car il obtient titre de propriété sur ces biens ab initio, au moyen de leur mise en sécurité sur le territoire islamique; et puisque son entrée (sur le territoire ennemi) s'était faite avec l'autorisation du chef de l'Etat musulman, ces biens auront le statut du butin de guerre.

suite: (Chaibânî) tire ensuite argument de récit concernant al-Hajjâj ibn 'Ilât as-Sulamî: Celui-ci embrasse l'Islam à Khaibar. Il avait ses biens à la Mecque. Il

demanda au Prophète l'autorisation de se rendre à la Mecque (alors ennemie de l'Islam), pour reprendre ses biens. Le (Prophète) l'y autorisa. Il se rendit donc à la Mecque, reprit ses biens, puis rejoignit le Prophète. A ce propos, on ne nous raconte pas que le Prophète ait prélevé le cinquième sur ses biens, ou fait quelque autre chose contre ces biens.

comm. Le récit complet de cet incident se trouve mentionné dans le **Maghâzî** d'al-**Wâqidî**(1) qui dit: Quand (al-Hajjâj) demanda au Prophète l'autorisaiton de regagner la Mecque, celui-ci la lui accorda. Les Mecquois avaient appris la nouvelle de la sortie (expédition) du Prophète vers Khaibar, et attendaient de savoir quel en serait le résultat. Les nouvelles leur avaient été coupées (car la Prophète avait conquis et occupé la région). Certains Mecquois sortirent un jour de la Mecque, pensant que peut-être quelqu'un arriverait auquel ils pourraient demander des nouvelles. C'est alors qu'al-Hajjâj ibn 'Ilât arriva chez eux. Ils lui demandèrent: Quelle nouvelle? Et lui: "Je possède des nouvelles qui vous plairont, mais je ne vous les donnerai que quand vous me garantirez de faire ce que je vous demande".* Eux: 2294
Nous te le garantissons. Alors lui: "Saches qu'aucun Arabe n'a su bien faire la guerre contre Muhammad; seuls les gens de Khaibar font exception, car ils l'ont vaincu et ont tué ses compagnons et l'ont capturé en personne. Je les ai quittés au moment où ils délibéraient de venir chez vous avec lui, afin que ce soit vous qui le mettiez à mort (pour vous vengez de lui). Aidez-moi donc à récupérer mes biens (créances, dépôts etc.): peut-être pourrai-je acheter les butins capturés sur les compagnons de Muhammad, et gagnerai-je ainsi quelque bénéfice". Eux de dire: Nous allons le faire. Et chacun d'eux se met en effet à s'occuper de lui. La nouvelle en parvint à al-'Abbâs (oncle du Prophète, qui était resté à la Mecque et cachait même sa conversion à l'Islam), qui dépêcha un de ses esclaves chez al-Hajjaj, pour dire: "al-'Abbâs t'envoie ses salutations et dit: Dieu est plus haut et plus majestueux que de laisser arriver en vérité ce que tu racontes". Et lui de répondre: "Dis à al-'Abbâs qu'il m'attende seul dans un endroit pour que je vienne chez lui". Puis quand il se fut rendu chez lui, il lui raconta en secret la chose comme elle était en effet arrivée, et précisa: Le Prophète a conquis Khaibar, et moi j'ai embrassé l'Islam, et je n'ai quitté le Prophète que quand les butins de Khaibar ont été partagés entre les (soldats musulmans). Et je l'ai quittée quand il avait épousé la fille de Huyaiy ibn Akhtab (chef de Khaibar). Mais cache-moi cela pendant trois jours (pour que j'échappe à l'atteinte des Mecquois). Il le lui garantit, jusqu'à ce qu'al-Hajjaj eût ramassé ses biens et fût sorti le troisième jour. Alors al-'Abbâs vint chez la femme d'al-Hajjâj, et lui demanda: Où est al-Hajjâj? Elle répondit: Il est allé acheter des butins capturés sur Muhammad! Mais al-'Abbâs observa: Pas du tout; il a embrassé l'Islam et a pris la fuite avec ses biens; et tu ne seras plus sa femme si tu ne le rejoins pas (**litt.** si tu ne suis pas ses traces). Elle répondit: J'atteste que la vérité est ce que tu dis, car il n'a pas laissé chez moi un dirham. Ensuite al-'Abbâs entra dans la Mosquée Sainte (de

(1) Cf MS de Londres de cet ouvrage fol 159b-160a. Sarakhsî résume le récit. Voir aussi Hamidullah. op. cit., I. 313.

la Ka'ba), et il s'était vêtu d'une houppelande (**mitraf**) en popeline. Alors les Quraichites commencèrent à se moquer de lui; et ils étaient en train de délibérer entre eux comment on tuerait Muhammad quand les gens de Khaibar viendraient chez eux avec lui. Alors Abû Sufyân (chef de file des Mecquois, alors non-Musulman) s'adressa à al-'Abbâs: "Est-ce un déguisement pour te consoler du malheur qui t'arrive? Il répondit: Pas du tout. Puis il mit au courant de ce qui s'était passé en vérité. Alors Abû Sufyân: J'ai plus de confiance en toi qu'en al-Hajjâj! Puis ils envoyèrent quelqu'un s'informer auprès de la femme d'(al-Hajjâj). Alors la vérité se manifesta à eux Ils ne furent jamais aussi cassés que ce jour-là.

comm. De cette histoire se manifeste également le point qu'al-Hajjâj s'était rendu chez les (païens de la Mecque) sans avoir obtenu leur sauf-conduit; au contraire, il s'était rendu chez eux comme s'il était des leurs. Cet état de choses ne
2295 constitue pas une demande de sauf-conduit. Et malgré cela, * le Prophète lui laissa ses biens (ramanés par lui de la Mecque, sans y prélever quoi que ce soit comme impôt). Nous apprenons ainsi qu'il n'y a pas à prélever de cinquième gouvernemental sur les biens que leur propriétaire ramène sur le territoire islamique de cette façon, même s'il se rend chez les (ennemis) avec l'autorisation du chef de l'Etat musulman mais sans octroi de sauf-conduit (de la part des ennemis). Et tout pouvoir provient de Dieu le Très Haut.

EPILOGUE

(On possède deux séries des MSS du présent ouvrage, et pour les distinguer on les nomme **Nuskha al-aşl** et **Nuskha al-Haşîrî**. La différence entre les deux est que dans cette dernière, al-Haşîrî suggère certaines corrections dans le texte, et les note scrupuleusement sur la marge; et aussi diffère dans un paragraphe de l'épilogue, donnant plus de détails. Dans notre traduction, nous donnerons le texte de ce paragraphe selon les deux versions, en colonnes parallèles: à gauche selon la **nuskha al-aşl** (suivie par l'édition de Haiderabad), et à droite selon la **nuskha al-Haşîrî** (MS 'Atif/Istanbul, N 866 fol. 357 a-b). Nous en avons parlé dans notre introduction, au début de cette traduction:).

Ainsi parle le cheikh, l'imâm (maître dirigeant), soleil des imâms, (as-Sarakhsî), au moment où s'achève le commentaire d'**as-Siyar al-kabîr** comportant beaucoup de science juridique et de hadîths bien connus et dotés d'une grande portée: Ceci est dû à la capacité accordée par le Savant et Omnipotent, et à la facilité venant du Sage et du Bien-informé (Dieu), comportant la dictée de l'esclave (de Dieu), du pécheur, du mendiant (à Dieu), de l'éprouvé par l'éloignement dans la prison, de l'incarcéré par le grand sultân, sur l'instigation de mesquins hétérodoxes (**zindîq**) ainsi que sur l'insinuation de ceux qui ne suivent que les passions et les mauvais conseils. Dieu les a tués —(**autre sens possible**: Que Dieu les tue)— et a

fait d'eux (**ou:** fasse d'eux) une leçon pour tous, grands et petits! Grâce soit à notre Seigneur, le meilleur Seigneur, le meilleur Secoureur.

Or le commencement (de cet ouvrage) date des derniers jours de la persécution à Uzjend (Ouzghen), au moment où le vent du bien-être commençait (déjà) à souffler. Son achèvement eut lieu après la disparition des ténèbres, la dissipation des nuages, après l'apparition du jour, à Marghînân, cette prairie —(**margh**, jeu de mots avec Marghînân)— des gens de la vérité et de la certitude, dans la maison de l'imâm Saif ad-Dîn, que Dieu préserve l'asile que cet homme offre pour les Musulmans, et que, le préservant, Il fasse revivre la conduite des anciens, des imâms pieux, comblés de la miséricorde divine, avant et après. Louange à Dieu, Seigneur des mondes, dont nous invoquons le penchement sur Muhammad, messager de Dieu, et sur les purs qui s'y rallient ainsi que sur tous les prophètes et envoyés de Dieu. Et cet (achèvement du livre) eut lieu le vendredi 3 du Jumâda'l-ûlà 480.

La dictée en débuta à Uzjend dans la fortresse. Puis quand on arriva aux chapitres des **churût**, le relâchêment eut lieu. Il quitta donc Uzjend le dimanche dernier jour du Rabî' al-auwal 480, et arriva à Marghînân le mercredi 10 Rabî al-âkhir. On le dirigea à la maison de l'imâm Saif ad-Dîn ibn Ibrâhîm ibn Ismâ'îl. Alors le Soleil des imâms, (Sarakhsî), voulut compléter le livre.

La dictée en débuta à Uzjend le lundi 1er Dhu'l-qa'da 479 dans la maison du cheikh patient(1) et intelligent, portant le surnom d'Emir Gün, à savoir Abû 'Alî al-Husain ibn Abi'l-Qâsim. Cela dura jusqu'au chapitre de l'**amân**. Puis on nous donna ordre d'écrire dans la fortresse même d'Uzjend, cela jusqu'aux chapitres des **churût.** Le relâchement eut lieu le vendredi 20 Rabî' al-auwal 480. Puis nous sortîmes d'Uzjend. le dimanche dernier jour du Rabî' al-auwal 480, et arrivâmes à Marghinân le mercredi le 10 Rabi' al-âkhir. Nous descendîmes dans la maison du cheikh, du grand imâm, de l'ascète Saif ad-Dîn Abû Ibrâhîm Ishâq ibn Ismâ'îl. L'imâm, l'ascète Saif ad-Dîn ainsi que tous les juristes (de l'endroit prièrent le cheikh, le grand imâm, l'ascète, l'imâm des imâms, le président de la communauté musulmane (=Sarakhsî) de l'achever.

Il reprit donc à partir des chapitres de **churût**, dans la maison de (Saif ad-Dîn), le mercredi 24 Rabî al-âkhir, et l'acheva par l'aide et l'assistance de Dieu, le vendredi 3 Jumâd'al-ûlâ 480 H.

FIN

... mot turc signifiant: l'elu, le choisi.

Louange à Dieu. Ainsi s'achève ce grand travail, et je le termine en reconnaissant encore une fois l'immense service qu'a rendu à ce propos Mr. le Prof Dr. Mehmed Saîd HATİBOĞLU.

Dieu le récompense dans les deux mondes, lui et tous ceux qui y ont participé d'une façon ou une autre. Dieu est plein de grâce!

Paris - 1991 **Muhammad HAMIDULLAH**

TABLE DE MATIÈRES

TOME - I

TOME - I

Chapitre **TOME - I** **Pages**

TOME - II

Chapitre **TOME - II** Pages

Chapitre **TOME - II**

Pages

Chapitre **TOME - II** Pages

TOME III

TOME - III

Chapitre

TOME - III

Pages

Chapitre TOME - IV Pages

Chapitre **TOME - IV** Pages